جامعة الجزائر -1-

كليـة الحقوق

# طرق التنفيذ في التشريع الجزائري و التشريع المقارن

## اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

من إعداد

القـروي بشيـر سرحـان

تحت اشراف الأستاذ

زوينة عبد الرزاق

**أعضاء اللجنة**

- الدكتور لمطاعي نور الدين أستاذ التعليم العالي رئيسـا
- الدكتور زوينة عبد الرزاق أستاذ التعليم العالي مشرفا و مقررا
- الدكتور بشير محمد أستاذ التعليم العالي عضوا مناقشا
- الدكتور بن رقية بن يوسف أستاذ التعليم العالي عضـوا مناقشا
- الدكتور بوبشير محند امقران أستاذ التعليم العالي عضـوا مناقشا

السنة الجامعية : 2014

# شكر

الحمد لله العظيم الذي وفقني لإنجاز هذه الأطروحة ومنّ عليّ بنعمه التي لا تعد و لا تحصى "**يارب لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك و عظيم سلطانك** " .

و أتقدم بشكري الجزيل للأستاذ المشرف على هذه الأطروحة الدكتور " زوينة عبد الرزاق " الذي ساعدني في إنجازها , و لم يبخل علي بتوجيهاته البنّاءة و القيّمة .

كما أوجه شكري الجزيل أيضا للأستاذ الدكتور " أرنو نويتس – Arnaud Nuyts" من الجامعة الحرة ببلجيكا الذي ساعدني أيضا في إعداد هذه الأطروحة .

و أيضا أشكر أعضاء اللجنة الكريمة على ما جادوا به من وقتهم الثمين لقراءة و مناقشة هذه الأطروحة .


# و إهداء

- إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله و رعاهما بالصحة و العافية و الخير.
- إلى زوجتي و رفيقة دربي التي وقفت إلى جانبي و ساعدتني في إعداد هذه الأطروحة.
- إلى إخوتي و أخواتي .
- إلى جميع زملائي الأساتذة بكلية الحقوق بجامعة خميس مليانة .
- إلى كل من يساهم في إحقاق الحق و رده إلى أصحابه .

# مقدمة

إن الحماية القضائية وحدها لا تكفي لحماية الحق , فقد يتعنت المدين و يصر على عدم الوفاء ومن هنا كانت الحاجة إلى الحماية التنفيذية التي تتحقق بانعقاد الخصومة التنفيذية , لهذا يقال أن الدعوى تربح مرتين , مرة أمام القضاء و مرة أثناء التنفيذ , إذ لا تتحقق الحماية بمجرد حصول الشخص على حكم بحقه , ذلك أن الحصول على حكم لا يعني أن الحق عاد لصاحبه , فنجاح القضاء يقاس بمدى تنفيذ أحكامه , أي أن تنفيذ الحكم يعد بمنزلة لحظة تحقيق الحقيقة بالنسبة للنظام القضائي برمته , فلا ينفع التكلم في حق لا نفاذ له .

و قد أصبحت الحماية التنفيذية في العصر الحديث أكثر تنظيما من طرف الدولة , إذ أصبح القضاء هو المشرف على سير عملية الحماية التنفيذية , فله السلطة في حماية الحق واقتضائه باستعمال الوسائل القانونية المتاحة و منها استعمال القوة العمومية لإجبار المدين على الوفاء وبالمقابل فقد تأثرت الحماية التنفيذية بالمفاهيم القانونية الحديثة , و منها بالأخص مفاهيم حقوق الإنسان , و بهذا تسعى الدول إلى جعل الحماية التنفيذية يراعى فيها وضع أحكام و قواعد تكفل استيفاء الحق , وبالمقابل تحفظ للمدين كرامته .

و عليه فإذا كان سبب الدعوى القضائية بداية هو الاعتداء على الحق , و الهدف منها تقرير هذا الحق بإزالة الشك و اللبس عنه , فإن سبب الخصومة التنفيذية هو امتناع المدين عن التنفيذ , و الغاية منها إجبار المدين على الوفاء , و هو ما يطلق عليه " بالتنفيذ الجبري " , طالما امتثل المدين و قام بتنفيذ التزامه فلا مجال حينئذ الحديث عن التنفيذ الجبري , ذلك أن الأصل في التنفيذ أن يكون اختياريا إلا أنه لا يتحقق هذا في كل الفروض و الحالات , و بالتالي لا مناص من اللجوء إلى التنفيذ الجبري لتحقيق الحماية التنفيذية .

**و لقد أضحت النظرية العامة للتنفيذ من أهم النظريات القانونية** , فهي تضاهي في أهميتها النظرية العامة للعقد , أو النظرية العامة للمسؤولية المدينة و غيرها من النظريات , و منه تحظى قواعد التنفيذ ضمن القواعد الإجرائية بأهمية بالغة و قصوى , على اعتبار أنه إذا كان الحكم عنوانا للحقيقة في جانبه النظري , فالتنفيذ الجبري هو الحقيقة ذاتها في جانبها العملي , و تبرز أهمية التنفيذ على وجه الخصوص فيما يعرف بالتنفيذ الجبري و بالأخص في وسائل إجبار المدين و حمله على الامتثال لأمر القانون وسلطانه .

و الالتزام يتكون من عنصران , و هما عنصر المديونية و عنصر المسؤولية , و المديونية تفرض على المدين أن يفي بما التزم به , فإن فعل ذلك بإرادته تكون قد برأت ذمته , فالأصل في تنفيذ الالتزام هو التنفيذ الاختياري , حيث يعمد القانون أساسا على إرادة الأفراد و حرية اختيارهم في تنفيذ الالتزام و تعتبر هذه الصورة المثالية للتنفيذ , أما عنصر المسؤولية تعني أن المدين يلتزم بسلطة الدائن حتى يتمكن من الحصول على حقه فعلا في حالة عدم القيام بتنفيذ الالتزام اختياريا , و بالتالي يجب إخضاعه للتنفيذ الجبري , و ذلك بأن يجبر عن طريق الدولة على الوفاء بحق الدائن , إذ لا يجوز لهذا الأخير أن يقتضي حقه بيده – nul ne se fait justice par soit même .

و يكون التنفيذ الجبري اما تنفيذا مباشرا , أي طريق التنفيذ العيني , أو أن يكون تنفيذا غير مباشر أي التنفيذ بمقابل بمعنى تنفيذ عن طريق الحجز و البيع القضائي.

و الأصل في التنفيذ الجبري أن يكون تنفيذا عينيا , إذ يجبر المدين على أداء ذات ما التزم به , أي ينصب على عين ما أمر به الحكم القضائي الذي يجري تنفيذه , فإذا كان موضوع الالتزام تسليم منقول أجبر على تسليمه عن طريق السلطة العامة , و إذا كان التزامه بإخلاء عقار تم إخلائه من هذا العقار بالقوة العمومية , و هكذا يتم التنفيذ العيني الجبري للالتزام كلما كان ذلك ممكنا و سمحت طبيعة الالتزام بذلك .

و يوصف التنفيذ الجبري بأنه تنفيذ عيني و مباشر , و ذلك بالنظر إلى وسيلة التنفيذ , حيث تحقق تلك الوسيلة التنفيذ بغير إحداث أي تغيير في المراكز القانونية للدائن طالب التنفيذ و المدين المنفذ ضده بمعنى أن اقتضاء الدائن لحقه يتم مباشرة , فهو لا يفعل سوى اقتضاء محل حقه دون الاعتداء على حقوق أخرى في ذمة المدين .

غير أنه إذا كان التنفيذ العيني للالتزام يقتضي تدخلا شخصيا من طرف المدين , فإنه يتعذر قهره عليه , و لما في ذلك مساس بحريته الشخصية , و عندئذ لا يكون أمام الدائن إذا عزف عن اللجوء إلى التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض , و رغب في بذل مساعيه لاقتضاء التنفيذ العيني من ذلك المدين المتعنت , أن يلجأ إلى وسائل غير مباشرة للقهر على ذلك التنفيذ , و يتحقق هذا الأمر عن طريق أحد النظامين و هما , نظام الجزاءات المالية , أي فرض الغرامة التهديدية لكسر عناد المدين و إجباره على الوفاء , و كذلك فرض جزاء مالي عن طريق إدراج الشرط الجزائي , و أما بالنسبة للنظام الثاني و الذي نقل إلينا من القانون الروماني , هو نظام الإكراه البدني , و هذا النظام لم يعد يتماشى مع المفاهيم الجديدة لحقوق الإنسان , و بالتالي تم إلغاءه أو تقييده في أغلب التشريعات المقارنة .

و أما بالنسبة للتنفيذ الجبري بطريق الحجز و البيع , فيخول للدائن وسائل يتم بموجبها ضبط مال المدين الذي هو في حوزته أو حوزة الغير , و وضعه تحت يد القضاء قصد بيعه بيعا قضائيا بالمزاد العلني , و استيفاء حقه من حصيلة البيع , و قد خول القانون عدة وسائل و طرق للدائن يمكنه أن يسلكها لتوقيع الحجز , فقد تتاح الفرصة للدائن الذي ليس بيده سند تنفيذي أو حتى بالنسبة للدائن الذي بيده سند تنفيذي , و يخشى تهريب الدائن لأمواله أن يوقع حجزا تحفظيا على أموال المدين , كما يخول القانون للدائن أن يسلك طريق الحجز التنفيذي , إذا توافرت الشروط الشكلية و الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون , و في حالة عدم كفاية منقولات المدين للوفاء بالدين أو عدم وجودها يمكن أن يباشر الدائن الحجز على عقارات المدين .

و الحماية التنفيذية هي نتاج تطور مفاهيم النظرية العامة للتنفيذ , ففي العصور القديمة كانت الحماية التنفيذية تكتسي طابعا عنيفا , بحيث أنها عكست مشاعر الانتقام لدى الإنسان في تنظيمها للحماية التنفيذية , ففي القانون الروماني القديم كانت الحماية التنفيذية تقع على شخص المدين في جسمه فقد عرف القانون الروماني "دعوى إلقاء اليد " , إذ كانت تسمح هذه الدعوى للدائن بأن يقبض على مدينه في حالة عدم تنفيذ التزامه , و يحبسه مقيدا بالسلاسل و له أن يبيعه كعبد ليستوفي مبلغ الدين إلا أن هذا الوضع سار تدريجيا نحو التطور , و قد أخذت القوانين المختلفة تقيد ممارسة القوة لحماية الحق و يعتبر قانون الألواح الإثنى عشر من القوانين الذي عني بتنظيم الحماية التنفيذية وقد أدرج الدعاوى التنفيذية ضمن دعاوى القانون , و من ضمن ما جاء به قانون الألواح الإثنى عشر في دعوى إلقاء اليد شرط صدور حكم على المدين و إقرار منه أما البريتور , كما حدد هذا القانون تنظيما إجرائيا لمسار هذه الحماية .

و تلى بعد هذا صدور " قانون بوتيليا " الصادر سنة 326 قبل الميلاد , و قد جاء هذا القانون بتنظيم جديد لفكرة الحماية التنفيذية , إذ ألغى هذا القانون سلطة و حق الدائن في قتل مدينه , و بالمقابل سمح له بأن يستوفي حقه عن طريق تسخير مدينه .

و قد تغير هذا الوضع في روما , و انتقلت فكرة الضمان من جسم المدين إلى أمواله , و برز هذا أكثر بظهور الدولة تدريجيا و تدخلها في سير الحماية الذاتية للحق , و منه ظهرت قاعدة أنه لا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بيده , و بهذا حرم حبس المدين إلا في السجون العمومية .

و عليه فإذا كان القانون يمنح سعة للمدين الوفاء الاختياري , إلا أنه في كثير من الحالات لا يتحقق هذا الأمر , و ذلك بالنظر إلى غلبة الطابع الإنساني على سلوك المدين و تصرفه , هذا الأمر يفرض الضغط عليه رغما عن إرادته , و نشير أن نظام الحجز ما هو تلك الطريقة الجبرية التي تجعل الملزم بالتنفيذ خاضعا لقواعد التنفيذ و لو لم يرغب في ذلك , و هو في ذلك محاولة لتحقيق نوع من التكافؤ و التوازن بين مصلحتين متعارضتين , تتمثل في كل من مصلحة الدائن في الحصول على حقه ومصلحة

المدين في عدم المساس بشخصه و كراماته , و يقول في هذا الشأن الأستاذ الفرنسي "توكفيل" : إذا كان النظام القانوني في فرنسا مطلوبا و مؤكدا , فإن التعسف يجد ملاذه في التنفيذ ".

و في الجزائر صدر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 2008.02.25 متضمنا أحكاما تفصيلية متعلقة بالتنفيذ , و قد جاء هذا القانون ليصحح الاختلالات التي تضمنها الأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الصادر بتاريخ 08 جويلية 1966 و قد تضمن القانون الجديد 215 مادة متعلقة بالتنفيذ الأمر الذي يعكس حرص المشرع الجزائري على إعطاء الأهمية لأحكام التنفيذ الجبري .

و لقد تضمن التشريع الجزائري أحكام التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الكتاب الثالث تحت عنوان في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية , و تضمن هذا الكتاب ستة أبواب حيث خصص الباب الأول في عرض الوفاء و الإيداع , أما الباب الثاني في إيداع الكفالة و قبول الكفيل والباب الثالث في دعاوى المحاسبة , و خصص الباب الرابع للأحكام العامة في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية و الباب الخامس في الحجوز , في الأخير خصص الباب السادس في توزيع المبالغ المتحصلة من التنفيذ .

**ولم يكن اختيار موضوع طرق التنفيذ محل صدفة , أو محل من يبحث عن شيء دون أن يعلمه بل أن اختيارنا للموضوع له ما يبرره من الناحية الموضوعية , و حتى الناحية الشخصية ( الذاتية )** فالاختيار كان نتيجة لمبررات شخصية سنسوقها إلى العرض فيما بعد , **و يمكننا أن نرجع الأسباب الموضوعية لاختيار الموضوع إلى ما يلي :**

- وجود تعديلات في المنظومة القانونية الجزائرية , و نخص بالذكر في هذا المجال صدور القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية , و قد جاء هذا القانون خلفا لقانون الإجراءات المدنية و ما كان يحتويه من نقص وفراغ تشريعي في العديد من الأحكام و من الأحكام التي حظيت بنوع من التفصيل في الأحكام المتعلقة بالتنفيذ الجبري , هذا ما جعلنا نتوق إلى دراسة هذه الأحكام الجديدة , بالمقارنة مع التشريعات التي عنيت بتنظيم أحكام التنفيذ الجبري وبالأخص القانون الفرنسي و القانون المصري .

- قلة المؤلفات و البحوث في مجال طرق التنفيذ بصفة عامة , و طرق التنفيذ الجبري بصفة خاصة في الجزائر , إذ أن المؤلفات تكاد تعد على أصابع اليد الواحدة , و في ظل هذا الفراغ أصبحت الضرورة ملحة للخوض في هذه الدراسة , رغم ما تنطوي عليه الدراسة من صعوبة , إلا أن الموضوع يستحق المغامرة و التشويق و بالتالي آل على نفسي أن لا أترك مجالا لا يقل في أهميته عن المجالات الأخرى و في هذا لا أدعي أنني الوحيد أو السباق في دراسة هذا الموضوع , بل سبقني في هذا من هو أجرئ

مني , و أقدر على التطرق والبحث في هذا الموضوع , و يكفي مثلا الإشارة إلى الدكتور بربارة عبد الرحمان الذي كان سباقا في التطرق إلى دراسة طرق التنفيذ وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

- كثيرا ما تتجه الدراسات في طرق التنفيذ إلى التطرق إلى أحكام التنفيذ الجبري بطريق الحجز وتهمل دراسة أحكام التنفيذ العيني , حتى أن العديد من التشريعات لا تعطي الأهمية الكافية للتنفيذ العيني بالقدر الذي توليه للتنفيذ بطريق الحجز , و بمنظورنا أن التنفيذ العيني لا يقل أهمية عن التنفيذ بمقابل , و أن فعالية طرق التنفيذ لا تكون إلا من خلال التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل على حد السواء الأمر الذي جعلنا نتطرق إلى أحكام التنفيذ العيني في الباب الأول , و إلى التنفيذ بمقابل في الباب الثاني .

- لقد أضح للنظرية العامة للتنفيذ القضائي أهمية بالغة فقد أصبح ترتبط هذه النظرية مع مفاهيم حقوق الإنسان , و بالأخص الحق في محاكمة عادلة , فتمكين الدولة للفرد بالوسائل القانونية البسيطة والفعالة لتنفيذ الحكم القضائي و اقتضاء حقه يتعلق أساسا بتوفير المحاكمة العادلة , كما أن طرق التنفيذ الجبري لم تعد تتعلق بعلاقة دائن و مدين , بل تتعداه إلى الروابط الاجتماعية و الاقتصادية فالدولة التي يوفر قانونها ضمانات للأفراد في استيفاء حقهم يترسخ فيه الأمن القانوني , و يزدهر فيه الحق كقيمة اقتصادية و منه أصبحت التشريعات تولي أهمية أكثر بقواعد التنفيذ الجبري .

- اختلاف أحكام التنفيذ العيني المباشر عن أحكام التنفيذ الجبري بمقابل بين نصوص القانون المدني القانون الإجرائي , الأمر الذي يجعل الكثير من الباحثين يتطرق إلى النوع الواحد دون الأخر وبالتالي قلما نجد دراسة واحدة تتطرق إلى النوعين معا , و منه و إن اختلفت النصوص القانونية التي تنظم نوعي التنفيذ , إلا أنه لا يمكن وضع فارق بينهما , فكلا من النوعين يدخل في نطاق النظرية العامة للتنفيذ الجبري , و هذا ما دفعنا إلى التطرق إلى النوعين معا , و بالأخص البحث عن مكانة التنفيذ العيني في ظل القواعد الإجرائية التي تنظم التنفيذ بمقابل .

**أما بالنسبة للمبررات الذاتية فإننا نجملها فيما يلي :**

- الميل الشخصي لطرق التنفيذ , فكثيرا ما شغل اهتمامي كيفية استيفاء الدائن لحقه بإجراءات بسيطة وفعالة , و بالتالي دراسة طرق التنفيذ بكافة تفاصيلها , إذ يعتبر الحق في التنفيذ الجبري حق من حقوق الإنسان , و يرتبط أساسا بفكرة المحاكمة العادلة , هذا بالإضافة إلى أن الدول أصبحت تسأل مدنيا عن تقصيرها في عدم تمكين الدائن من تنفيذ حكمه وبالتالي تشكل هذه الدراسة دافعا نفسيا لتحديد مدى فعالية طرق التنفيذ , و مدى مساهمة الدولة في تمكين الدائن من الوسائل القانونية والمادية لتنفيذ حكمه .

– اتصالي بالجانب العملي و إطلاعي على عمل المحضر القضائي و ما يلاقيه هذا الأخير من صعوبات سواء عملية أو حتى قانونية , إذ كثيرا ما يجد المحضر القضائي نفسه أمام فراغ قانوني يعيقه عن أداء مهمته على أكمل وجه , و بهذا يتعطل التنفيذ أو يصعب عليه في مثل هذه الحالات إيجاد الحلول , و من هنا وجب عليه الرجوع إلى القضاء ليزيل عنه هذه العقبات , و هذا ما جعل اهتمامي يزيد بطرق التنفيذ , ومنه فإن الهدف من هذه الدراسة هو البحث في مدى فعالية الأحكام القانونية المتعلقة بالتنفيذ الجبري , و كذلك تحديد مكامن القصور فيها قصد إعطاء تصور معين لحل المشكلة .

– تعتبر هذه الدراسة امتداد لما تم التطرق إليه في رسالة الماجستير , حيث تطرقنا إلى إجراءات الحجز في التشريع الجزائري , و قد كانت دراستنا وفقا لقانون الإجراءات المدنية القديم , و بصدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد , أصبح من الضروري تحيين الدراسة و توسيعها وبالتالي شكل هذا دافعا نفسيا في اختيار موضوع الدكتوراه .

– حرصي على أن أقدم للمكتبة القانونية الجزائرية , و لكل طالب علم و باحث متخصص في مجال القانون , هذا العمل و إن كان متواضعا , فالمكتبة القانونية بحاجة إلى مثل هذه الدراسات و دراسات أخرى لإثراء المكتبة القانونية , فتزويد طلاب العلم و الباحثين بمادة قانونية خام يحفز هؤلاء على الإقبال على دراسة هذا الفرع من الفروع القانونية , و إثرائها أكثر ببحوث و مقالات قانونية .

و عليه و انطلاقا من هذه الاعتبارات آليت على نفسي التطرق إلى دراسة طرق التنفيذ في التشريع الجزائري و التشريع المقارن , و قد اتخذت كل من التشريع الفرنسي و التشريع المصري كمعيار للمقارنة و إن كنا في بعض الأحيان نتطرق إلى تشريعات أخرى , إلا أن كل المقارنة كانت وفق هذين القانونين .

**و لمعالجة هذا الموضوع ارتأينا الإجابة على إشكالية تتمثل في** البحث عن مدى فعالية الحماية القانونية للدائن بمدى نجاعة الوسائل القانونية التي يقرها المشرع في النصوص القانونية و الموازنة بين المصالح المتعارضة بين الدائن و المدين ؟ ومنه مدى وصول المشرع الجزائري إلى تحقيق فعالية إجراءات التنفيذ في كل من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية , و في القوانين الأخرى ذات الصلة بالتنفيذ كالقانون المدني و القانون المنظم لمهنة المحضر القضائي و غيره و بالمقارنة مع القانون الفرنسي و القانون المصري ؟ و ما مدى تنظيم أحكام القانون الإجرائي للتنفيذ العيني وتحقيق القانون الجزائري للحماية التنفيذية ؟

**و قد اعتمدت في هذه الدراسة على مناهج البحث العلمية التالية :** و تتمثل في الجمع بين المنهج **الاستقرائي والتحليلي** من خلال استقراء النصوص القانونية و تحليلها لاستنباط الأحكام و القواعد القانونية الموضوعية و الإجرائية التي تضمنتها هذا من جهة , و من جهة أخرى اعتمدت على **المنهج المقارن** وذلك بمقارنة ما تضمنه كل من القانون الفرنسي والقانون المصري من قواعد و أحكام في مجال

طرق التنفيذ للوصول إلى تحديد الحكم الجيد و الفعال , و هو الأسلوب الملائم لطبيعة هذه الدراسة القانونية .

و قبل أن نعرض الخطة المقترحة , نشير أننا استبعدنا من نطاق دراستنا أحكام التنفيذ الجبري ضد الإدارة , حيث وضعت التشريعات و منها التشريع الجزائري أحكاما خاصة للتنفيذ على الإدارة , و عليه فقد قصرنا دراستنا على أحكام التنفيذ بين الأفراد , إلا إذا اقتضت الدراسة التطرق إلى هذه الأحكام على سبيل الإستئناس و المقارنة , و على هذا الأساس قسمنا دراستنا هذه وفق الخطة التالية :

**الباب الأول** بعنوان : التنفيذ العيني , و الذي قسمناه إلى ثلاثة فصول , حيث يتضمن :

الفصل الأول : أحكام التنفيذ العيني .

الفصل الثاني : الطرق المباشرة للتنفيذ العيني .

الفصل الثالث : الوسائل غير المباشرة للتنفيذ العيني .

و أما **الباب الثاني** من الدراسة فقد خصصناه للتنفيذ بمقابل , و الذي قسم بدوره إلى ثلاثة فصول أيضا حيث تناولنا :

الفصل الأول الإجراءات التحفظية .

الفصل الثاني : الحجوز التنفيذية.

الفصل الثالث : التمهيد لبيع العقار و توزيع حصيلة التنفيذ .

و خاتمة أوجزنا فيها أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة , و أدرجنا فيها أهم المقترحات التي رأينا أنها ستساهم في تطوير و تعزيز الأحكام و القواعد القانونية للتنفيذ في الجزائر لكفالة الحماية لحقوق الأفراد .

# الباب الأول

# التنفيذ العيني

يعتبر العقد أحد أهم مظاهر الحياة المدنية بل أصبح جزءا من حياة الأشخاص , و هو أجمل ما ابتدعته الحضارة الإنسانية من أدوات , فهو الأداة التي ساعدت البشرية على تطوير منطلقاتها وأبعادها , و أصبح من المتعذر أن نجد أمر من أمورها لا يتدخل فيه العقد بالتنظيم , سواء من الناحية العملية أو الناحية الاجتماعية أو حتى من الناحية الاقتصادية [(1)].

فهو من الناحية العملية دليل استعمال يحيط بتصرفات الأفراد , لتنظيم العلاقة المستمرة القائمة بينهم , و أما من الناحية الاجتماعية فهو دستور العلاقة بين الدائنين و المدينين , يرسم حدود العلاقة بين هذين الطرفين , و من الناحية الاقتصادية يمثل المجال الخصب لتبادل السلع و الثروات والمنافع و إقامة العلاقات التجارية و الاقتصادية بين الأفراد على المستوى المحلي أو حتى العالمي.

و للعقد ذاتية و كيان خاص , فهو يمر بجملة من العمليات ليصل إلى التكوين , و هذا ما يطلق عليه القانونيون بمرحلة التعاقد , إذ تمر هذه الأخيرة بمرحلتين أساسيتين , أولها تخطيطية ثابتة statique , و الأخرى تنفيذية دينامكية dynamique , ففي المرحلة الأولى تستكمل الواقعة جميع مقوماتها الفنية والاجتماعية التي تجعل منها أداة صالحة لتحقيق المصالح العادلة و المشروعة للمتعاقدين أما خلال المرحلة الثانية فيتم تنفيذ التخطيط العقدي وفقا لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين , و في حدود ما رسمه القانون من ضوابط في هذا الشأن [(2)].

و إن العقد الذي يكون مكتملا لعناصره و أركانه ينشئ التزامات بين المتعاقدين , و الأصل أن يتم تنفيذه طوعا و ذلك لما لهذا الأخير من قوة ملزمة , و دون الحاجة إلى اتخاذ الإجراءات القانونية لجبر طرف على القيام بذلك , إلا أن الواقع يوحي لنا بأن هناك من يرتأى له بأن يخل بالتزاماته وبالتالي يؤدي هذا الإخلال إلى البعد بالرابطة العقدية عن محور العدالة , و لا يمارى أحد في أن هذه النتيجة اللأخلاقية لا تصيب بأثرها الدائنين وحدهم , بل تؤدي إلى الإخلال بالدور الهام الذي يؤديه

(1)– راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية ، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة ، دار الفكر العربي ، طبعة 2004 ، ص 01.

(2) – المرجع نفسه .

العقد و الذي سبق لنا بيان بعض جوانبه. (1)

إن القانون و باعتباره ظاهرة اجتماعية يعمد إلى حماية مصالح الجماعة , و بالتالي كان من الطبيعي أن يفرض على المخل بالتزاماته أن يتحمل المسؤولية عن هذا الإخلال , و من هنا ساد القول بأن الالتزام يتضمن عنصرين : عنصر الوجوب , أي الارتباط بسلوك معين يحدده مضمون الالتزام عملا كان أو امتناعا و هو ما يسمى بعنصر المديونية la dette , و عنصر المسؤولية وهو تعرض المدين للجزاءات القانونية في حالة الإخلال بالالتزام la responsabilité .

و إن تحقيق جوانب العدالة يقتضي الوصول بالالتزام العقدي إلى صورة تحفظ له توازنه بين الأطراف المتعاقدة , يقتضي التوفيق بين مبدأ القوة الملزمة للرابطة العقدية , و عدم الإفتآت على أي حق من حقوق المتعاقدين , لكنه من جانب آخر لا ينبغي المساس بكرامة المدين حسن النية وإنسانيته , و من هنا يبدو من الطبيعي أن تحرص معظم التشريعات في المقام الأول على توفير الحماية اللازمة لطائفة الدائنين , و لا تعوزها في ذلك الوسائل الزجرية المختلفة للتضييق على المدينين في معيشتهم و حريتهم وصولا بالتنفيذ العيني إلى تحقيق أهدافه , كما هناك محور آخر يرتكز على حماية المدين باعتباره الطرف الضعيف في حلقة العلاقة العقدية (2).

و لعل أصدق مثال يسوقه القانونيون عـن مـدى اضطراب العلاقة بين الدائـن و المدين فـي حالة الإخلال بالالتزام التعاقـدي , ما صرح بـه شخص يـدعـى شيلوك Shylock و هـي شخصية مقتبسة مـن رويـات شكسبير Shakespeare : (3) ( نعـم ... و أجيب بما يلي : إن المقدار الـذي أطلبه من جسم المدين كلفني غاليا, و هو لـي و أريده, و إذا رفضتم ذلك ستجعلون مـن

---

(1)– راجع د / محمد حسنين منصور ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، طبعة 2006 ، ص 11 .

– و راجع د / رمضان أبو السعود ، أحكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، طبعة 2006 ، ص 83 .

(2)– تسلك الأنظمة القانونية أحد الاتجاهين حينما تعزم إلى تقديم حماية لعقد من العقود ، فإما أن تضغط على شخص المدين بمختلف وسائل الإكراه ، سحقا لمقاومته ، و حملا له على التنفيذ العيني ، أو أن تحجم على سلوك هذا الاتجاه ، و لا تنال من أموال المدين ، و من هذين الاتجاهين تتأرجح التشريعات وفقا لتصورها في تحقيق فكرة العدالة و الأخلاق .

(3)– تتمحور الحادثة في أن تاجرا بحارا في فينسيا يدعى **أنطونيو** Antonio احتاج 3000 ألاف وحدة نقدية – دوكات ducats – لتجارته و بناءا على نصيحة صديقه طلب هذا المال من **شيلوك** و هو رجل مال معروف في فينسيا ، و كان هذا الأخير يكره **أنطونيو** و رغما عن ذلك أقرضه المال بدون أي فوائد و لكنه اشترط في المقابل في حالة التأخير أن يقتص من أي عضو من جسمه – و هي حيلة وضعها هذا الأخير ليتخلص منه – و لكن **أنطونيو** لم ينتبه إلى ذلك و وافق على هذا الشرط ، و ذهب في تجارته إلا أنه ولسوء حظه خسر كل مراكبه و عجز عن تسديد مبلغ الدين ، مما أتاح **لشيلوك** الفرصة أن يطلب بتنفيذ الالتزام و بكل صرامة .

قوانين فينسيا Venise مجرد قرارات لا قوة لها, و بالتالي أطالب بالعدالة فهل لي من جواب ؟ ) [(1)].

و تحرص التشريعات المختلفة على ضمان حماية النظام القانوني السائد , و تعتبر عدم تنفيذ الالتزامات من أهم الأسباب التي تؤدي إلى هز كيان هذا النظام القانوني , و كما عبر عنه أحد الفقهاء بأن عدم تنفيذ الالتزامات : ( يعتبر جرح في النظام القانوني , يهدد حلقة الاقتصاد , و يخل بالمصالح التي تتجاوز بكثير مصلحة الدائن وحده ) [(2)].

و لأجل هذا يعتبر التنفيذ العيني للالتزامات من أهم المحاور في أي نظام قانوني , و هو يقوم على مبدأ أساسي بحيث أن أي فرد التزم بإرادته الحرة , فقد قبل الخضوع إلى نظام قانوني معين ومن ثم ينشأ حق للدائن في التنفيذ العيني للالتزامات المدنية , بحيث يمكن اللجوء إلى التنفيذ العيني الجبري في حالة ما إذا أخل المدين بالتزاماته .

و يعتبر التنفيذ العيني للالتزامات من أهم المحاور في الدراسات القانونية , و ذلك لما ينطوي عليه من انعكاسات سواء كانت إيجابية أو سلبية على كافة فروع القانون الأخرى , إن لم نبالغ و نقول كافة المجالات الأخرى الاجتماعية و الاقتصادية منها .

و لعل هذه الأهمية جعلت الفقهاء يهتمون قديما وحديثا بالبحث و الدراسة في هذا الميدان من ميادين القانون و هذا ما ألهمنا في أن نغوص في هذا البحر العميق , لكي نستكشف ما في أعماقه قصد الخروج بفكرة أو تصور لما يجب أن تكون عليه النظرية العامة للتنفيذ في التشريع الجزائري و بطبيعة الحال مقارنا ببعض الأنظمة القانونية .

و منه حرصنا على أن نخصص الباب الأول للتطرق إلى التنفيذ العيني للالتزامات , حيث قسمنا هذا الباب إلى ثلاث فصول تطرقنا في **الفصل الأول** إلى أحكام التنفيذ العيني , حيث سنحاول التطرق إلى تحديد مفهوم التنفيذ العيني , و تمييزه عن باقي الأنظمة المشابهة , كما سنحاول التطرق إلى المراحل التاريخية التي مر بها التنفيذ العيني , ذلك أن هذا الأخير هو نتاج تصورات و مدارس فقهية أثرت بعضها في بعض و تأثرت يبعضها , و في آخر الفصل سنتطرق إلى شروط إعمال التنفيذ العيني و أما **الفصل الثاني** فقد خصصناه إلى الطرق المباشرة للتنفيذ العيني , و يعتبر هذا الفصل محور الدراسة في هذا الباب و ذلك للصعوبات التي يطرحها في شأن التنفيذ العيني للالتزامات , و أما في **الفصل الثالث** فسنتطرق من خلاله إلى الطرق غير المباشرة للتنفيذ العيني , و سنتناول فيه التطرق إلى الغرامة التهديدية و الشرط الجزائي و غيرها من وسائل التنفيذ العيني .

---

(1) − Julien Coulet, L’exécution forcée en nature , thèse de doctorat , paris 2 , 2007 , p 8 .

(2) – P . Grosser, les remèdes a l’inexécution du contrat, essai de la classification, thèse de doctorat Paris 1, 2000 , p 10 .

و سنحاول التطرق إلى هذه الوسائل الكفيلة بتحقيق التنفيذ سواء كان عينيا أو تنفيذ بمقابل وفي الأخير و كما سبق ذكره , خصصنا الفصل الثالث إلى الطرق غير المباشرة للتنفيذ العيني , حيث سنتطرق إلى الحديث عن الغرامة التهديدية كوسيلة حديثة من وسائل إجبار المدين على الوفاء , و ذلك لما تحققه هذه الوسيلة من فعالية من الناحية العملية في إجبار المدين على الوفاء , إذ أنها تهدف بطريقة غير مباشرة إلى الضغط على المدين من خلال إثقال كاهله بالغرامات المالية , و عليه إما أن يرضخ و يبادر إلى تنفيذ التزامه أو أن يبقى متعنتا و مصرا على موقفه في عدم التنفيذ , و بالتالي فلا وسيلة أخرى تجبره على التنفيذ و منه لا يبقى أمام الدائن سوى طلب تصفية الغرامة التهديدية بالإضافة إلى الغرامة التهديدية توجد وسيلة أخرى غير مباشرة تؤدي في كثير من الحالات إلى تحقيق التنفيذ العيني فالشرط الجزائي كوسيلة إجبار أثبت نوع من الفعالية في الوصول إلى التنفيذ العيني , و إلى جانب هاتين الوسيلتين هناك وسائل أخرى قد تؤدي إلى تحقيق الغرض و الوصول إلى التنفيذ العيني و نشير في الأخير إلى أننا استبعدنا التطرق إلى وسائل الإكراه التي تمارس على شخص المدين , على اعتبار أن كل التشريعات حرمت هذا النوع من الإجبار إذ أنه يتنافى مع الطبيعة الإنسانية و حفظ كرامة الإنسان إلا أنه بالمقابل سنتطرق إلى مسألة الطرد من المساكن و التي يعتبرها البعض نوع من أنواع الإجبار التي تمارس على المدين , و مهما يكن من نقاش فإن هذا الإجراء منصوص عليه وهو طريق من طرق التنفيذ العيني و عليه يستدعي بنا الأمر أن نخصص له حيزا ضمن الخطة و منه التطرق إلى أحكامه ضمن هذه الدراسة .

# الفصل الأول

# أحكام التنفيذ العيني ( مبدأ التنفيذ العيني )

إن أثر الالتزام هو تنفيذه , و عليه فإن المسألة مثار الاهتمام , هي معرفة الأثر المترتب على عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام , و عليه فالتنفيذ أو عدمه يرتبطان و يجتمعان في دراسة آثر الالتزام .

و إن الأصل في التنفيذ أن يكون عينيا اختياريا , أي تنفيذ عين ما التزم به المدين بالطريقة التي حددها القانون أو الاتفاق , و معنى هذا أن للدائن الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني , و لا يجوز للمدين أن يمتنع عنه بل يجبر على القيام بذلك متى كان ذلك ممكنا , و يستعان فيه بالسلطة العامة بناءا على طلب الدائن , و استنادا إلى سنده التنفيذي (1).

كما أن التنفيذ العيني حق للمدين كذلك , يلتزم الدائن بقبوله من المدين إذا عرض عليه القيام به و يمتنع على الدائن رفضه و العدول عنه إلى طلب التعويض , ذلك أن التنفيذ بطريق التعويض ليس إلا وسيلة احتياطية للتنفيذ , و لا يجوز اللجوء إليها إلا عند تعذر تنفيذ الالتزام .

و عليه فالتنفيذ العيني بالمعنى الحقيقي يكون بتقديم المدين عين الأداء الذي التزم به , و هو يتميز بثلاث أمور , فهو عام من اختصاص السلطة العامة , و أنه ذو طابع مدني , و أنه يقع على مال المدين لا جسمه .

**1 – <u>عمومية التنفيذ الجبري</u>** : إن الحقبة التي كان يحق فيها للدائن أن يتولى بنفسه القيام بالتنفيذ على أموال المدين قد ولت , و أصبح الآن التنفيذ من اختصاص السلطة العامة فهي التي تملك وسائل القهر و الإجبار , و بالتالي ليس للدائن أن يقتضي حقه بنفسه nul ne se fait justice par soi-même , و إنما الذي يتدخل لجبر المدين على التنفيذ هو السلطة العامة , إما عن طريق اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يتم التنفيذ بموجبه أو عن طريق الموثق بالنسبة للعقود الرسمية , ويتم التنفيذ بطبيعة الحال عن طريق أشخاص يمتلكون صفة الضابط العمومي و هم المحضر القضائي في كل من الجزائر و فرنسا و معاون التنفيذ في مصر (2).

---

(1) – راجع د / رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 11 .

– و راجع الموقع الإلكتروني التالي : http://ar.jurispedia.org/index.php

(2)– راجع القروي بشير سرحان ، إجراءات الحجز في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر بن عكنون ، بدون طبعة ، ص 2 .

إن ضرورة الالتجاء إلى السلطة العامة لاقتضاء التنفيذ الجبري قاعدة من قواعد النظام العام التي لا يجوز الخروج عليها , و يبطل كل اتفاق على ما يخالفها (1).

2- **القهر أو الجبر المدني** : يتميز التنفيذ العيني للالتزام بأنه تنفيذ جبري مدني , و يترتب على ذلك أن الإخلال به لا ينشئ جريمة و لا يترتب عليه جزاءا جنائيا , فالمدين الذي لا ينفذ التزامه لا يمكن عقابه إلا في حالات استثنائية اعتبر فيها عدم تنفيذ الالتزام المدني جريمة في نفس الوقت , ومثال ذلك عدم دفع الراكب لأجرة النقل أو جريمة عدم دفع الشخص ثمن ما يتناوله من طعام في أحد المحلات العامة , و في غير هذه الحالات الخاصة فإن القهر هو قهر مدني بحت contrainte civile.

و يتمثل الجزاء في إخلال المدين بالتزامه قيام المسؤولية العقدية , رغم أن غالبية الفقه والقضاء يتمسك بأولوية التنفيذ العيني للالتزامات , أي أنه على المدين أن ينفذ عين ما التزم به لأن ذلك هو ما انصرفت إليه إرادة الأطراف عند التعاقد , و لا يجوز إعطاء الخيار للمتعاقد بين تنفيذ الالتزام عينا و/ أو تنفيذه بمقابل , لأن ذلك لا يحقق الغرض من التعاقد , فالتعويض هو استثناء كما سبق ذكره , ولا يكون إلا عندما يكون هناك إخلال بالعقد من قبل أحد المتعاقدين , و انطلاقا من ذلك يترتب على إخلال المدين بتنفيذ الالتزام أو التأخر فيه أو تنفيذه تنفيذا معيبا مسؤوليته العقدية (2).

فهذه المسؤولية ( المسؤولية العقدية ) تعتبر جزاء لهذا الإخلال , و هي كذلك توفر كما يرى البعض ضمان لتنفيذ الالتزامات بين المتعاقدين (3).

---

(1)- راجع الموقع الإلكتروني التالي : http://ar.jurispedia.org/index.php

(2)- نصت معظم التشريعات على المسؤولية العقدية في حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية ، و مثال ذلك ما نص عليه التشريع الأردني في نص المادة 246 من القانون المدني الأردني : ( في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه .

كما يجوز للمحكمة أن تلزم بالتنفيذ للحال أو تنظره إلى أجل مسمى و لها أن تقضي بالفسخ و بالتعويض في كل حال إن كان له مقتضى ) ، و كذلك نص القانون المدني الكويتي في نص المادة 293 : ( إذا تعذر تنفيذ الالتزام عينا ، أو التأخير فيه ، يجب على المدين تعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب ذلك ، ما لم يتبين المدين أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب أجنبي لا يد فيه ) وكذلك نصت المادة 216 من القانون المدني البحريني على نفس هذا الحكم و بنفس الصياغة التي وردت في نص المادة 293 من القانون المدني الكويتي .

(3)- راجع الموقع الإلكتروني التالي : http://www.lawjo.net/vb/archive/index.php?t-12040.html

- و يرى البعض أن هذا غير مقبول لأنه لا يمكن جبر المدين على تنفيذ الالتزام عينا ، و إن كان العقد ينشأ عنه التزام بالتنفيذ و هذا التنفيذ يتحقق إما عينا أو بمقابل على السواء ، و يترتب على ذلك أن عدم تنفيذ الالتزام عينا لا يعتبر مخالفة حيث أنه يمكن للمدين تنفيذه بمقابل ، و هنا تبرئ ذمته و في هذه الحالة لا تطبق أحكام المسؤولية العقدية و لا تكون فعالة ، و ذلك لعدم وجود مخالفة من قبل المدين .

3 – **<u>انطلاقا من القاعدة القانونية التي تقضي بأنه لا يجوز لأي شخص أن يقتضي حقه بيده</u>** " **nul ne se fait justice par soi même** " , ذلك أن الواقع الذي كان سائدا في المجتمعات القديمة عكست مشاعر الانتقام لدى الإنسان البدائي في تنظيمها للحماية الذاتية , فقد كان القانون الروماني يسمح للدائن بأن يقبض على مدينه و يحبسه في المنزل مقيدا بالسلاسل , و كان للدائن الحق في أن يبيع المدين رقيقا في أسواق روما , أو حتى أن يقتله , و لكن التطور القانوني سار تدريجيا إلى منع هذا التصرف و أصبح التنفيذ اختصاصا حصريا للسلطة العامة [1].

و عليه فالإكراه البدني الذي يقع على جسم المدين لم يعد هو الوسيلة إلى إجبار المدين على الوفاء إذ القاعدة في القوانين الحديثة عدم إمكان استعمال وسائل القهر على جسم المدين لحمله على الوفاء حيث أن الذي يضمن الوفاء بديونه إنما هو أمواله و ليس جسده [2].

و إن مسألة تحديد مفهوم التنفيذ العيني لم تكمن محل إجماع سواء بين الفقهاء و باختلاف الزمان الذي عولجت فيه المسألة [3].

و بالتالي ظهرت العديد من المصطلحات القانونية لتحديد مفهوم التنفيذ العيني منها مثلا التعويض العيني لتميزه عن التعويض بمقابل , و هناك البعض من يستعمل مصطلح الحكم العيني و يقصدون به كل الإجراءات التي ليس لها طابع نقدي .

و عليه ومن خــلال دراستنا سنحاول التطرق إلــى مفهوم التنفيذ العيني و تمييـزه عن باقي المفاهيم و كذلك شروطه من خلال المباحث التي سوف التطرق إليها فيما يلي :

---

(1) – راجع القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 2 .

(2) –راجع الموقع الإلكتروني التالي : http://ar.jurispedia.org/index.php

(3)-voir Julien Coulet, op-cit, p 09.

# المبحث الأول

# مفهوم التنفيذ العيني

إن تحديد مفهوم التنفيذ العيني مسألة مهمة و دقيقة , و ذلك لتقارب التنفيذ العيني بأنظمة قانونية أخرى , بل إنه في بعض الأحيان و نظرا للتقارب يصل أحيانا إلى حد يصعب معه التمييز بين هذه الأفكار و ليس أدل على ذلك فكرة التعويض العيني réparation en nature كثيرا ما تختلط بفكرة التنفيذ العيني , و لكن على حين تظل أساليب التعويض رخصة متروكة للسلطة التقديرية للقاضي , فإن التنفيذ العيني للالتزام يظل ملزما دائما , و يفرض نفسه على المتعاقدين , و حتى على القاضي نفسه و من هنا وجب الوقوف على دقائق الأمور لتحديد هذا النظام من ذاك , حتى يتسنى للقضاء التطبيق السليم للقانون (1).

إن الاشتقاق اللغوي لمصطلح تنفيذ "exécuter" , و هو مشتق من المصطلح اللاتيني "exsequor" وتعني المتابعة و الوصل إلى النهاية (2).

و بالتالي نواصل الهدف , أو نؤدي الواجب , أو الالتزام , و ليس العقوبة على اعتبار أن هذه الأخيرة ما هي إلا ردة فعل على فعل غير مشروع , و منه فالتنفيذ يعني لغة الوصل إلى تحقيق الغاية التي تقررت من قبل , و عليه و بما أن المسألة تتعلق بأداءات التزم المدين بتنفيذها , فإنه من الطبيعي أن يحرص الدائن على أن يتحصل على عين ما التزم به المدين , وعليه يمكننا القول أن التنفيذ العيني يكون بتقديم المدين عين الأداء الذي التزم به , فالأصل أن التنفيذ العيني يكون اختياريا , فعلى المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه بحسن نية bonne foi , و في حالة عدم القيام بذلك يجبر المدين على التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض (3).

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 18.

(2) –Julien Coulet , op-cit , p 10 .

(3) – المقصود بتنفيذ الالتزام بحسن نية هو أن يقوم المدين بتنفيذ ما التزم به بما يطابق نية الطرفين عند التعاقد ، و بحيث لا يتوخى من طرق التنفيذ ما يفوت على الدائن المصلحة التي قصد إليها من وراء التعاقد إن كان مصدر الالتزام هو التصرف القانوني أو بأن يجعل هذه المصلحة أكثر كلفة دون مسوغ .

فلطالما أن التنفيذ العيني ممكن فإن المدين يجبر على هذا التنفيذ , و لا يلجأ القاضي إلى التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني (1).

و التنفيذ العيني هو الذي يتفق أكثر مع حقيقة الالتزام , و هو الذي يتفق مع الهدف الأسمى للقانون الخاص بصفة عامة , ذلك أن التنفيذ عن طريق التعويض ليس إلا وسيلة احتياطية لا تعطي إلا إشباعا نسبيا للدائن , و لا يهدف في النهاية إلا أن يعيد التوازن النسبي لذمة الدائن , و لذلك فهو ليس كافيا و وافيا للاعتبارات التالية :

**أولا** : لأنه لا يضع في الاعتبار إلا مصلحة الدائن الخاصة بإعطائه تعويضا , بالرغم من الآثار الممتدة لعدم التنفيذ في الحياة القانونية .

**ثانيا** : أنه لا يمكن الحكم على المدين بالتعويض إذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

**ثالثا** : أنه في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته فإن مقدار التعويض الممنوح للدائن يمكن أن ينقص أو أن يلغى نهائيا نتيجة للشروط المحددة للتعويض بحد أقصى , أو للشروط المعفية من المسؤولية , يضاف إلى ذلك أن المشرع قد يتدخل في بعض الأحيان ليحدد متى تنعقد أو لا تنعقد المسؤولية و يحدد قيمة التعويض (2) .

**رابعا** : تقتصر نطاق التعويض بصدد الالتزام العقدي على الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد وذلك في غير حالتي الغش و الخطأ الجسيم.

**خامسا** : و في الأخير يجب أن لا ننسى أن منح القاضي تعويضا للدائن عند عدم التنفيذ لا يفعل أكثر من تحويل حقه إلى دين محله مبلغ من النقود , و ما يتضمن من مخاطر إعسار المدين , و كذلك مزاحمة باقي الدائنين له.

إن تحديد المفاهيم من حيث مدلولها القانوني أمر بالغ الأهمية في كل دراسة قانونية , بل في كل مجال قانوني , و لعل دراسة التنفيذ العيني من الميادين الخصبة التي استرعت انتباه الفقهاء في هذا المجال , فكثيرا مـا يختلط مفهوم التنفيذ بالمفاهيم الأخـرى المشابهة له , حيث نجد بعض المدارس تتجه

---

(1) – أنظر د / نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة الالتزام ، أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة بيروت ، طبعة 2009 ص 27.

– و راجع د / منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية و الوضعية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، طبعة 1998 ، ص 11.

(2) – راجع د / نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 28.

إلى استعمال مصطلح تنفيذ العقد , و ليس تنفيذ الالتزام و نذكر في هذا المجال و على سبيل المثال الفقه[1] .

و أيضا في التشريع الإنجليزي , حيث لا نجد في التشريع الإنجليزي عبارة تتناول بالحديث – التنفيذ العيني للالتزامات – بل جرت العادة على أن يطلق على هذه المسألة عبارة التنفيذ العيني للعقود , بينما يطلق مصطلح الالتزام في القانون الإنجليزي و في فقه القانون العام Common Law , إلا حينما يتعلق الأمر بتحديد الجزاء الذي تقرره محاكم القانون العام , فإذا حدث ووقع إخلال بالعقد الصحيح فالتعويض النقدي يكون هو الوسيلة العادية لجبر الضرر [2] .

و من باب البيان أن نعرج على رأي الفقه الإسلامي في هذا المجال , فلا شك في أن الفقه الإسلامي له مفهوم خاص و صياغة خاصة , فمفهوم الالتزام في الفقه الإسلامي له مفهوم خاص إذ لم تعرض الفقه الإسلامي له كنظرية قائمة بذاتها , و هذا يرجع إلى أن ما يسمى بالحق الشخصي أو الالتزام يشتمل في الفقه الإسلامي على عدة روابط قانونية متميزة بعضها عن بعض .

و قد حاول جانب من علماء الفقه الإسلامي استخلاص فكرة الالتزام في الشريعة الإسلامية , ومن هؤلاء الشيخ أحمد إبراهيم الذي عرف الالتزام بقوله : ( إيجاب الإنسان أمرا على نفسه باختياره وإرادته من تلقاء نفسه , و إما بإلزام الشرع إياه فيلتزم به , لأن الشرع ألزمه به امتثالا و طاعة لأمر الشرع ) [3] .

و عليه و بإيجاز فإن الالتزام في الفقه الإسلامي , هو كون الشخص مكلفا بفعل أو امتناع عن فعل لمصلحة شخص آخر , و قد يكون الالتزام عقديا أو غير عقدي , كالغصب فهو سبب لالتزام الغاصب , و أما موضوعه فقد يكون عينا يلتزم بتسليمها أو بتمليك منفعتها , كتسليم المبيع في عقد البيع سواء كان عقارا أو منقولا , أو تمليك منفعة العين للمستأجر في عقد الإيجار , و قد يكون موضوعه عملا يلتزم به المدين كالتزام الصانع في عقد الإستصناع , أو التزام الأجير لأداء خدمة

---

(1) – من هؤلاء الفقهاء نجد مؤلفات الأستاذة أمس Ames في مرجعها خصائص فعالية العقود specific performance of contrats , و الأستاذ "سير إدوارد فراي" sir Edward Fry في مرجعه contrats traitise on the specific performance كما نجد بعد الكتاب من فرنسا يتبنون هذه العبارة مثل الأستاذ "إرنست برادة" Ernest Brada ، و الأستاذ "فتحي عبد الرحيم عبد الله" من الفقه المصري .

(2) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 4-5.

(3)– أنظر تعريف الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ، مذكرة في بيان الالتزامات و ما يتعلق بها من الأحكام في الشرع الإسلامي ص21 نقلا عن د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع نفسه ، ص 5.

معينة بعد إيجار , و قد يكون موضوعه أخيرا امتناعا عن عمل يلتزم به المدين , فهذا يصح أن يكون محلا للالتزام في الفقه الإسلامي (1) .

و تتجه أغلب الشرائع و منها اللاتينية على الأخص على تبني النظرية العامة للالتزام , و قد تضمنت قوانينها النص على أحكام الالتزام و تنفيذه , و قد نص التشريع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى على النظرية العامة للالتزام من المادة 53 إلى المادة 350 من القانون المدني.

و الإشكالية التي تعترضنا في تحديـــــد مفهوم الالتزام هي ليس في تحديد المعنى الشكلي لهذا المصطلح , و إنما في تحديد مضمونه و نطاقه , و قد أشرنا سابقا أنه يختلــف تحديد هذا المفهوم باختلاف المدارس الفقهية , بل باختلاف الفقهاء في المدرسة الواحدة , و بالتالي سنحاول استعراض بعض جوانب هـــــذا الاختلاف لمحاولة الوصول إلـــــى تضييق الخلاف و الوصول إلى القاسم المشترك لهذا النظام .

و عليه سنحاول التطرق من خلال هذا المبحث إلى المعايير الفقهية لتحديد مفهوم التنفيذ العيني في **المطلب الأول** , و في **المطلب الثاني** سنتطرق إلى تمييز التنفيذ العيني عن مختلف الأنظمة المشابهة له , و بالتالي سنحاول التمييز بين التنفيذ العيني و التعويض العيني , و كذلك التمييز بين التنفيذ العيني و التنفيذ بمقابل .

---

(1)– للتفصيل أكثر أنظر رسالة الأستاذ الحطاب في الالتزام نقلا عن د عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 180 – 212 .

– و أنظر د / عبد الناصر العطار ، نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية ، ص 18 و ما يليها .

– و أنظر للنقد الذي وجهه للأستاذ عبد الرزاق السنهوري لاستعارته فكرة الالتزام من الفقه الغربي حجة أن هذه الاستعارة تعجز عن تقديم التكامل لصوغ فكرة الالتزام في الفقه الإسلامي.

# المطلب الأول

## المعايير الفقهية في تحديد مفهوم التنفيذ العيني

يتمثل دور الفقه أساسا في ضبط المفاهيم القانونية نتيجة للدراسات التي يقومون بها , و لعل ميدان التنفيذ العيني من الميادين القانونية التي استرعت اهتمام الفقهاء , و الحقيقة أن التنفيذ العيني لم يكن وادي هادئ بل كان واديا هائجا يخبئ في أحشائه غليان من الأفكار و الانتقادات , بحيث أصبح يبدوا الآن كمكسب (1) .

و مفهوم التنفيذ العيني استرعى اهتمام الفقهاء بداية من القرن الخامس عشر , بين مؤيد ومعارض لهذه الفكرة , و هذا ما انعكس على تأخير تجسيد هذه الفكرة البراغماتية , بحيث هي غير قادرة على أن تعطي لهذه الفكرة الشرعية الكافية لكي تتميز عن باقي المفاهيم , و في هذا السياق يقول الكاتب "مارتنيس" بصدد الحديث عن التنفيذ العيني : ( في ماذا تفيدني النقود إذا ما بعت لي الخبز ولم تسلمه لي , بينما أنا أموت من الجوع ؟ ) (2) .

و إن هذا التعبير يجسد بحق إشكالية تحديد مفهوم التنفيذ العيني , فإذا كان الكاتب يستند في تحديده لمفهوم التنفيذ العيني على الحس الشعبي , إلا أن هناك العديد من الفقهاء من يرفضون الفكرة بالاستناد إلى مبادئ القانون الروماني , و الدفاع عن الحرية الفردية (3) .

و إن الاختلاف في تحديد مفهوم التنفيذ العيني و عكس ما هو منتظر دام إلى يومنا هذا , الشيء الذي لم يتوصل معه إلى الاتفاق على تحديد مبدأ التنفيذ العيني بالإضافة إلى أسسه , و عليه فإنه من المهم دراسة التسلسل التاريخي لهذا المفهوم , لفهم الخلل الواقع في الوصول إلى ضبط هذا المفهوم وكذلك عجز الفقه في إيجاد جواب مقنع لهذه المسألة , عليه سنحاول ابتداء التطرق للآراء الفقهية التي قيلت في تحديد مفهوم التنفيذ العيني , ثم التطرق في الفرع الثاني إلى المراحل التاريخية التي مر بها هذا المفهوم .

---

(1)- voir Julien Coulet , op-cit , p 21 .

(2) - (quid enim , si panem vendideris , te non tradente mihi mortuo fame , quid interesse poterit praestari ) = ( a quoi pourra me servir de recevoir une somme si tu m'as vendu du pain et que tu me l'ais pas livré , alors que je mourais de faim ? ) .

- (3) - ibid , p 22 .

## الفرع الأول

## المفهوم المقيد للتنفيذ العيني

تجب الإشارة ابتداء إلى أن مفهوم التنفيذ العيني لم يكن أبدا محل إجماع الفقه في تحديد مفهومه بل و يمكن القول أنه من المواضيع الأكثر جدلا و التي أثارت خلافا فقهيا , و مازال الفقه لم يتفق حتى إلى يومنا هذا في تحديد مفهوم جامع و مانع للتنفيذ العيني .

و عليه – و مما سبق ذكره – فإن تحديد مفهوم التنفيذ العيني من المواضيع الأكثر جدلا , و في هذا الصدد فإننا لن نتطرق إلى كل الآراء الفقهية , و هذا نظرا لكثرتها و اختلافها و منه سنحاول التطرق إلى أشهر الآراء الفقهية التي قيلت في هذا الشأن , و لعل الفقيه الفرنسي "هنري مازو" Henri Mazeaud , الذي يعتبر من أشهر الفقهاء الذين حاولوا إعطاء مفهوم للتنفيذ العيني في مقال شهير حاول هذا الفقيه أن يوضح أن المسؤولية العقدية مثل المسؤولية التقصيرية ينشأ عنها التزام جديد والمتمثل في التعويض [1] .

و مما قاله الفقيه "هنري مازو" : ( حينما يبرم عقد , ينشأ التزام أول يتحصل في قيام كل من الطرفين بتنفيذ التزامه , فإذا لم ينفذ ذلك الالتزام , و نفذ تنفيذا معيبا , أو بعابرة أخرى حينما يكون هناك عدم تنفذ كلي أو جزئي للعقد , تنشأ رابطة قانونية جديدة يلتزم المدين بمقتضاها بإصلاح الضرر الناجم عن خطئه) , و يضيف قائلا : ( إذا كان العقد مصدر الالتزام , فعدم تنفيذ العقد , أي المسؤولية العقدية هي التزام آخر ) [2].

و يبدوا من خلال نظرية الفقيه "مازو" أن الالتزام الأصلي يتلاشى بمجرد عدم قيام المدين بالتنفيذ الإرادي , أو نفذ تنفيذا معيبا , و هذا ما يؤدي إلى نشوء التزام جديد , بحيث يتوارى التنفيذ العيني خلف فكرة التعويض الذي قد يكون تعويضا نقديا dommages –intérêts , أو قد يكون تعويضا عينيا [3].

و يبدو من خلال هذه النظرية أيضا أن هذا الأخير ينكر فكرة التعويض العيني [4].

---

(1) –Henri Mazeaud , responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelles , RTD .civ.1929, p 551.

(2) -julien coulet , op-cit , p 113 .

(3) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 20.

(4) –ibid , p 113 .

و لكن هذا الإنكار ينطوي على عدة مآخذ على نظريته , بحيث أنها لم تسلم من الانتقادات نوردها فيما يلي :

– لقد نتج عن رأي الأستاذ " مازو" خلط بين التنفيذ العيني و التعويض العيني , فالمتأمل في تعبير الإدانة العينية يجده يتسم بالاتساع , و لا يوحي بدلالة قاطعة في تحديد فكرة التنفيذ العيني , مما يؤدي إلى الخلط بين فكرة التنفيذ العيني و التعويض العيني , رغم أن واقع الأمر يوحي إلى أن الأمران مختلفان فالتنفيذ العيني هو تنفيذ عين ما التزم به المدين , أما التعويض العيني فهو طريق من طرق التعويض يحصل بمقتضاه الدائن على أداء عيني بدلا من الأداء الأصلي .

– إن المسألة الأكثر غموضا في نظرية الفقيه " مازو" , و التي تصطدم مع المنطق القانوني السليم و تطرح تساؤلا جديا حول ما إذا كان حقا الالتزام الأصلي ينقضي في حالة استحالة التنفيذ العيني للالتزام العقدي لغير سبب أجنبي , و في حالة امتناع المدين عن التنفيذ العيني مع إمكانية قيامه بذلك حتى يمكننا اللجوء إلى المسؤولية العقدية و نستمد منها التزاما جديدا , و هو الالتزام بالتعويض ليحل محل الالتزام الأصلي , و لعل أن الأمر يتعقد إذا ما كان الجواب بأن الالتزام الأصلي لا ينقضي في الحالتين فإنه من غير المجدي البحث عن التزام جديد و عن مصدر له (1) .

و على ذلك نقول أن المنطق القانوني السليم يستوجب القول على وجوب قيام المدين لصالح الدائن بأداء عمل معين أو امتناعه عن أداء عمل معين , و بهذه المثابة ليس للمدين مطلق الحرية في أن يؤديه أو لا يؤديه , فواقعة عدم التنفيذ لا تمحو الالتزام الأصلي , كما أن الحكم على المدين بالتعويض لا يعني إنشاء التزام جديد في ذمته , بل هو طريق لتنفيذ الالتزام الثابت في ذمته من قبل , و على هذا لا يعتبر التنفيذ العيني و التعويض العيني , كما ذهب إلى ذلك الأستاذ " مازو Mazeaud" لفظان لمعنى واحد .

كما انتقد جانب من الفقه الفرنسي و حتى المصري رأي الفقيه "مازو" , فيقول الفقيه "جوسران" أنه : ( ليس صحيحا أن الالتزام ينقضي لمجرد أن المدين يرفض تنفيذه , بل على العكس من ذلك تتأكد عندئذ الرابطة القانونية , و يظهر مفعول القوة الملزمة للعقد ) (2).

---

(1) –راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 23.

(2)–Josserand , cours de droit civil français , 2eme édition ,tome 11, paris ,1933 , p 290 .

أما في جانب الفقه المصري فقد ذهب الأستاذ " أحمد شوقي محمد عبد الرحمان " إلى القول ( أن الالتزام بالتعويض ليس التزاما جديدا , و إنما هو تنفيذ للالتزام الأصلي , و على ذلك فإن الالتزام بالتعويض يضل مضمونا بنفس ضمانات الوفاء بالالتزام الأصلي ) (1) .

و عليه و في خضم هذه الآراء المتناقضة , فيمكننا الوصول إلى نتيجة , مفادها أن الفقيه الفرنسي " مازوا Mazeaud " أوجد فكرة الالتزام الجديد , لسبب بسيط و هو نكرانه لمبدأ التنفيذ العيني و بالتالي لا من وسيلة أمامه سوى أن ينادي بفكرة الالتزام الجديد الذي ينشأ من عدم تنفيذ المدين لالتزامه الأصلي .

و نحن بدورنا لا نذهب إلى تأييد هذا الرأي , و إنما نؤيد رأي جانب من الفقه الفرنسي وبالأخص الفقيه "جوسران " , و كذلك من حذا حذو هذا الاتجاه في الفقه المصري.

و لأن قبول فكرة عدم تنفيذ المدين لالتزامه الأصلي , و محاولة إيجاد حل سهل لهذه المشكلة , يعد هروبا في مواجهة الواقع القانوني , و إنقاصا من مبدأ القوة الملزمة للعقد , مما يفتح المجال لاختلال هذه الوسيلة القانونية العجيبة , و جعلها أداة مفرغة من محتواها طالما أن المدين له الخيار في عدم التنفيذ دون أن يكون لـه مبرر جدي و مقنع , و من ثم يلجأ إلى التعويض , و هذا من شأنه هز استقرار المعاملات و المس بفكرة الآمان القانوني , و في الأخير نقول أن مبدأ التنفيذ العيني , و إن كان عصي فإنه يجب حتما البحث عن حل لإرضاء الدائن بالوسائل القانونية المتاحة ودون التعسف في حق المدين .

(1) راجع د / أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، النظرية العامة للالتزامات ، أحكام الالتزام و الإثبات ، منشأة المعارف الإسكندرية سنة 1984 ،ص 21 .

## الفرع الثاني
## المفهوم الموسع للتنفيذ العيني

يبدو أن الفقه , و على اختلافه في تحديده لنظرية التنفيذ العيني يمكن أن يقسم إلى قسمين قسم لا يقر بحقيقة وجود التنفيذ أو يقر به بشكل غير صريح و هذا ما رأيناه من خلال استعراضنا لنظرية الفقيه "هنري مـازو" و كذلك من تبنى هـذه النظرية من بعده , و هناك فريق آخر من يقر بهذه النظرية و على شكل واسع , و لعل أشهر هؤلاء الفقهاء الفقيه الفرنسي "دراجو DRAGU" في رسالته التنفيذ العيني للعقود (1) .

و قد اقترح هذا الفقيه تقسيما رباعيا و هي :

1 – **<u>التنفيذ الجبري المباشر</u>** : " L'exécution forcée directe" : و قوام هذا التنفيذ هو إكراه المدين بالقوة الجبرية " Manus militaris " , على تقديم عين ما التزم به حينما يحجم عن الوفاء بإرادته واختياره .

2 – **<u>التنفيذ العيني</u>** : " L'exécution en nature " : في هذا النوع من التنفيذ يزود الدائن بذات ما التزم به المدين , و لكن بوسائل لا تشكل ضغطا يمارس على شخص المدين للحصول على التنفيذ على اعتبار إن تدخل المدين ليس ضروريـا أو أساسيا و لكن سيتم على نفقته , و يتم هذا بتغير شخص المدين , أو بتدخل القضاء في الحالة التي تسمح أن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ , و مثال ذلك الالتزام بإبرام تصرف قانونـي acte juridique كالوعد بالتعاقد , و لا يهم الدائن في هذا المقـام من يقوم بالتنفيذ طالما أن هدفه في النهاية هو الحصول على التنفيذ العينـي دون الاستعانة بالمدين الذي يتم التنفيذ على نفقته .

3 – **<u>التنفيذ العيني المشتق</u>** : " L'exécution en nature dérivée" : لا تتعلق هذه الحالة بالتنفيذ على وجه الدقة , بل بأساليب خاصة لإصلاح الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد , و في هذا الصدد ذكر الفقيه " دراجو " إجراءين يستخدمان في عقود النقل , و هما الإصلاح المادي la réparation matériel (2) .

و الإجراء الثاني يتمثل في التنفيذ بمقابل , عندما يتعذر على المدين تنفيذ التزامه و بالتالي يتحصل على مبلغ من النقود يحل محل الأداء الأصلي .

---

(1)–DRAGU (R) , l'exécution en nature du contrat , thèse .Paris, 1936, p 34.69.103.

(2)- و يتمثل هذا الإجراء في إلزام أمين النقل بإصلاح ما تسبب في تلفه من بضائع أثناء الرحلة أو الطريق ، و نشير أن القضاء الفرنسي يرفض هذا الطرح ، حيث رفضت الاعتراف بهذا الإجراء في قرار لها صدر بتاريخ 19 جانفي 1926 .

و البضاعة متروكة التسليم من قبل المرسل إليه الذي لم يرتض بحالتها (1) .

و بالتالي يتركها للناقل , و يضيف الفقيه " دراجو" أن الوضع القانوني للأطراف يصبح معدلا على نحو ما بالنسبة للعقد الأصلي , و يقترب هذا الإجراء إلى حد بعيد بالتنفيذ يتحصل في غالب الأمر من الأمر في تعويض نقدي (2) .

4 – **التنفيذ بمقابل** " l'exécution par équivalent ": يتصور حدوث هذه الحالة عندما يتعذر على المدين تنفيذ التزامه , و عندئذ يستطيع الدائـن أن يحصـل على مبلغ من النقود , يحل محل الأداء الأصلي , ليعوض الدائن عن الضرر الذي أصابه جراء عدم التنفيذ العيني للالتزام .

و لاشك أن نظرية الفقيه " دراجو " لم تزل الغموض الذي يكتنف تحديـد مفهوم التنفيذ العيني , بل بالعكس فقد أضفى الفقيه " دراجو" لبسـتا و غموضـا لنظريتـه , فباستعماله مصطلح التنفيذ العينـي المشتق و كذلك التقسيم الذي اقترحه هذا الفقيه ينقصـه الأساس المنطقي (3) .

و عليه سنتطرق إلى بعض الانتقادات الحادة و الشديدة التي وجهت من طرف الفقه لنظرية الفقيه " دراجو" , و تتمثل بعض هذه الانتقادات فيما يلي :

1- إن تقسيم الفقيه "دراجو" للتنفيذ العيني هو تقسيم متطرف لا يمكن تقبله بسهولة , و لا يتطابق هذا التقسيم مع الواقع , فعلى سبيل المثال ما هو الفارق بين الفرض الذي يلتزم به المدين بتسليم منقول ثم يمتنع عن تسليمه فيستعين بالسلطة العامة لإجبار المدين على التنفيذ العيني , و بين الفرض الذي يعد فيه المدين بإبرام تصرف قانوني , و يقوم الحكم القضائي مقام رضائه (4) .

2 - إن التنفيذ العيني المعدل الذي ابتكره الفقيه "دراجو" لم يكن مقنعا في ذاته , ففي المثال الذي عرضه هذا الفقيه و المتمثل في البضاعة متروكة التسليم , ليس بأكثر من إجراء يتضمن قيام المدين الناقل بتعويض المرسل إليه عما لحقه من ضرر , فالمدين (الناقل) أخل بالتزامه العقدي , بحيث تصبح البضاعة غير صالحة للاستعمـال , و بالتالــي يترخص للمرسل إليه أن يتركها للنــاقل على أن يدفع هذا

---

(1)- يفترض في هذا الإجراء أن أمين النقل قام بالفعل بتنفيذ التزامه على نحو معيب ، و في هذه الحالة يتركها الدائن صاحب البضاعة للمدين الناقل بالحالة التي وجدت بها ، و المطالبة برد قيمتها كاملة .

(2) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 28.

(3) – راجع نقد الدكتور في رسالته للدكتوراه بالفرنسية – la réparation en nature en droit français et droit égyptien thèse . Paris ,1954 ,n 32, p 50.

(4) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع نفسه ، ص 30.

الأخير قيمتها كاملة , و على هذا فإن هذا الإجراء لا شأن له بالتنفيذ العيني , حتى أن الفقيه "دراجو" DRAGU نفسه يشير إلى أن هذا الإجراء لا يتعلق بالتنفيذ العيني , فقد جاء على لسان الفقيه : ( إنه لا يتعلق بالتنفيذ , و لكن بتعويض الضرر الذي أحدثته عدم تنفيذ العقد ) (1).

3- وأما الإصلاح المادي الذي أشار إليه الفقيه "دراجو" , يتحقق وجوبه بقيام الناقل بتنفيذ التزامه تنفيذا معيبا فالناقل يلتزم بتسليم البضاعة في جهة الوصول بحالة التي كانت عليه أثناء التسليم , و إذا تلفت أثناء الطريق تترتب عليه مسؤولية الناقل نتيجة لعدم تنفيذ التزامه بنقل البضاعة و تسليمها على الحالة التي تسلمها , و من ثم يستطيع الدائن أن يطالب أمين النقل بإصلاح العيب , فإن قبل الناقل أن يقوم بالإصلاح فقد أوفى بالتزامه عينا .

أما إذا رفض القيام بذلك فيتسنى للدائن أن يقوم الإصلاح و على نفقة أمين النقل , و عليه يعتبر هذا نوعا من أنواع التنفيذ العيني على نفقة المدين و لا أحد يمكنه أن ينكر هذا , و بالتالي لا يجب التسليم بفكرة التنفيذ العيني المعدل , مع ما تثيره فكرة الفقيه " دراجو" و التي أطلق عليها التنفيذ العيني المعدل من صعوبة في التمييز بين التنفيذ العيني و التعويض (2).

و منه يمكن القول أن نظرية الفقيه "دراجو" تعتبر نقيضا لنظرية الفقيه" مازو" , فإذا كان هذا الأخير قد أنكر فكرة التنفيذ العيني , و ضيق منها إلى أقصى حد , فإن الفقيه "دراجو" قد توسع في تحديد فكرة التنفيذ العيني .

---

(1) – voir Dragu (r) , op-cit , p 103 .

(2)- للتفصيل أكثر في الانتقادات الموجهة للفقيه " دراجو" راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 30 .

## الفرع الثالث

## معيار تحديد مفهوم التنفيذ العيني

لاشك في أن الفرض المدرسي في العلاقة القائمة بين الدائن و المدين لا تطرح إشكالا فيما يخص تنفيذ الالتزام , ذلك أن المدين يلتزم بتنفيذ التزاماته وفقا لما اتفق عليه , و لكن واقع الأمر لا يوحي في كثير من الأحيان بهذا الفرض , وبالتالي فإن المشكلة تثور حينما يخل المدين بالتزاماته , و في هذه الحالة إما أن يسعى الدائن بوسائل الإكراه المختلفة إلى الحصول من مدينه على الأداء المستحق , و إما أن يلتمس من القاضي تكليف المدين بأداء غير أداء نقدي , **و من هنا نتساءل هل ثمة ما يمنع القاضي من الحكم بتعويض نقدي ؟**

و تقضي القاعدة العامة في إصلاح الضرر الناشئ عن الفعل غير المشروع في نطاق المسؤولية التقصيرية , هو أن يكون نقديا لا عينيا , و يقوم القاضي المعروض عليه النزاع بتقدير التعويض النقدي بقدر الضرر الذي لحق الدائن نتيجة الخطأ الذي أتاه المدين نتيجة عن عدم تنفيذه التزاماته فقوام المسؤولية المدنية هنا هو إعادة التوازن الذي اختل نتيجة للضرر بأقصى ما يمكن من دقة و رد المضرور على نفقة المسئول , إلى الوضع الذي يكون فيه لو لم يقع الفعل الضار [1].

وإذا كان التعويض فـي المسؤولية التقصيرية يتخذ شكل التعويض النقدي , فإنـه من المتصور أن يتم اتخـــاذ إجراءات ترمـي إلى إعاقـة استمرار الضرر أو تكـراره , وذلك عـن طريق الحكم بتعويض عينـي و على هذا يستطيع القاضي أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه [2].

و إذا لم يحكم بالتعويض العيني فلأن ذلك يرجع إلى أن تطور المبادلات لا يقبله بسهولة حسب رأي الفقيه الفرنسي " ديموج Demogue "[3].

و قياسا على هذا فيمكننا القول أنه ليس هناك ما يمنع في القواعد العامة تطبيق هذه الأحكام على الإخـلال بالالتزام العقدي بالمعنى الدقيق , فإذا أخـل المدين بالتزامه استوجب على إثـره الحكم بالتعويض

---

(1) – راجع د / محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، 1978 ، ص 327.

(2) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، مطبعة لجنة التأليف و الترجمة و النشر القاهرة , طبعة 1946 ، ص 321 .

(3)–Demogue (R.) , Traité des obligations en généra , tome 2, effets des obligations, tome 5, Paris 1931, p 25.

فالأصل أن يحكم القاضي بالتعويض النقدي [1] .

و هو ما نصت عليه المادة 176 من القانون المدني الجزائري و تقابلها المادة 3/203 من القانون المدني المصري و المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي , و مع هذا يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب الدائن أن يأمر بأداء أمر آخر غير النقود على سبيل التعويض العيني , مثل ذلك الالتزام بالمحافظة على شيء , أن يخل المدين بالتزامه , فيسرق الشيء نتيجة لإهماله , فيطالب الدائن بإلزام المدين بأن يسلم شيئا مثله [2] .

و في الأخير و بالنسبة إلى المعيار المستخلص لفكرة التنفيذ العيني , فيذهب الفقه الغالب في فرنسا و مصر إلى الأخذ بالسمة الإرضائية باعتباره أساسا صالحا في تحديد مفهوم التنفيذ العيني , و يتحدد هذا المعيار في وضع التساؤل التالي و الإجابة عليه , **هل تحصل الدائن على إرضاء كاف توصل بمقتضاه إلى بلوغ حقه ؟**

فإن كانت الإجابة بالإيجاب كان الأداء المطلوب تنفيذا عينا و عبرة بعد ذلك أن يقوم المدين فعلا بنفسه , و إن كانت الإجابة بالنفي كان التنفيذ بمقابل [3] .

---

(1)– قرار رقم 258113 الصادر بتاريخ 2001.01.30 الصادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا ، حيث جاء في إحدى حيثيات القرار : ( إن تصرف الواعد في العقار الموعود به و انتقال ملكيته إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية لا يبقى للموعد له سوى دعوى الرجوع على الواعد بالتعويض استنادا لأحكام المادة 176 من القانون المدني ) .

(2)– راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 34.

– و نشير في هذا الشأن أنه لا يوجد نص قانوني في التشريع الجزائري ينص على هذا الحكم , كما لا يوجد أحكام قضائية تقضي بالتعويض العيني على غرار القضاء الفرنسي الذي لا يبدي ميلا نحو الاعتراف بفكرة التعويض العيني في حالة إخلال المدين بالتزاماته العقدية ، عكس القضاء المصري الذي أقر في العديد من أحكامه على التعويض العيني ، و نسوق في هذا الشأن القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية في 10 ماي 1977 و الذي قضت فيه : ( تنفيذ الالتزام أما أن يكون تنفيذا عينيا ، فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به ، أو تنفيذ عن طريق التعويض ، و التعويض قد يكون نقديا أو عينيا بإزالة المخالفة التي وقعت إخلالا بالالتزام ) ، الواقع أنه نادرا ما يحكم القضاء بمثل هذه الأحكام ، و يعمد القضاء إلى تقويم المنفعة التي يشتمل عليها الالتزام بمبلغ من النقود و هذا يرجع إلى اعتبارات عملية بحتة ، فالتعويض النقدي الذي يحكم به القاضي إذا تعذر التنفيذ العيني يتميز ببساطته كما أنه أكثر الطرق ملائمة لإصلاح الضرر ، و صدور الحكم به كفيل بحسم النزاع ، أما الحكم بتعويض عيني فقد يكون من المستحيل معه رد الشيء إلى حالته الأصلية ، بالإضافة إلى ما يسببه في بعض الأحيان من منازعات جديدة ، و ذلك فيما إذا ادعى الدائن أن ما تم من إصلاح لم يكن كافيا .

(3) – من أنصار هذا الرأي في الفقه المصري د / إسماعيل غانم ،أحكام الالتزام ، الجزء الأول ، آثار الالتزام ، سنة 1956 ص 41 , – و د / بهجت بدوي ، أصول الالتزامات ، ص 293 ، و في الفقه الفرنسي Catalan (N.) La nature juridique du payement, thèse de doctorat .Paris 1961. p 19, Massin (E.) de l'exécution en nature des obligations de faire ou de ne pas faire, thèse de doctorat , Paris, 1893, p332.

و ينطوي هذا المعيار على أساس أن المدين قد رفض المدين تنفيذ الأداء الذي تعهد به , و مع هذا تسنى للدائن الحصول على تنفيذ الالتزام الأصلي في كل ما يحتويه , بقيامه شخصيا أو بتكليف شخص آخر بناءا على طلبه بالأعمال اللازمة على نفقة المدين , على الرغم من أن هذا التنفيذ ليس تنفيذا مباشرا , بيد أن ما يعنينا في المجال , هو حصول الدائن على عين ما التزم به المدين , و عليه يذهب هؤلاء الفقهاء إلى التركيز على السمة الإرضائية للدائن كمعيار لتحديد التنفيذ العيني (1) .

**لذلك و في نهاية هذا العرض يمكن الوصول إلى نتيجتين و هما :**

1 – لا يوجد في القواعد العامة ما يبرر منع القاضي من الحكم بالتعويض العيني , كجزاء لصيانة الأداءات الناشئة عن العقد , و تحقيق التوازن بين أطرافه , و أن كان هذا منوطا بطلب الدائن , وتقدير قاضي الموضوع .

2 – أن المعيار المستخلص في تمييز التنفيذ العيني عن الأوضاع الأخرى التي قد تختلط به , يكمن في السمة الإرضائية للدائن , فالعبرة ليست بما يقوم به المدين و إنما يحصل عليه الدائن في نهاية الأمر.

---

(1) – ما يمكن قوله أن هذا المعيار هـو معيار شخصي و غير موضوعي ، فهو يهتم بالدرجة الأولى على شخص المدين ، مما جعل بعض الفقه يـرى في هذا المعيار أنه يؤدي إلى تحطيم وحدة الالتزام ، علـى اعتبار أنه يهتم بجانبه الإيجابي و هو حـق الدائن و يتغافل جانبه السلبي ، و هو واجب المدين ، و بالتالي نحن نذهب إلى تأييد هذا الموقف ، و نضيف أن السمة الإرضائية للدائن قد تكون عبئ كبير يتحمله المدين في مواجهة الدائن الجشع ، و لاشك في أن المثال الذي سقناه في بداية دراستنا بالنسبة "لشيلوك" مع التاجر "أنتونيو" أحسن مثال ، فالدائن شيلوك لم يرد استرجاع ماله الذي أقرضه ، و إنما أراد أن يتخلص من التاجر شيلوك ، لهذا التجأ إلى الحاكم طالبا منه تنفيذ العقد عينيا ، على اعتبار أن العقد تضمن شرطا أنه في حالة عدم قدرة التاجر "أنتونيو" على تسديد ديونه نقدا ، يسددها من لحمه و عظمه ، و هذا ما سعى الدائن "شيلوك" إلى المطالبة به و تحقيقه .

## المطلب الثاني

## تمييز التنفيذ العيني و التنفيذ بمقابل و التعويض العيني

إن مفهوم التنفيذ الجبري لم يكن محل إجماع الفقه , فقد اختلف الفقهاء في تحديد هذا المفهوم فيما بينهم , و كذلك يختلف تحديد هذا المفهوم باختلاف المكان و الزمان , فنجد بعض الفقهاء يستعملون مصطلح التعويض العيني للتميز بينه و بين التعويض بمقابل , كما أن هناك بعض من الفقهاء يذهبون إلى استعمال مصطلح أكثر عمومية و هو التنفيذ العيني و الذي يتعلق بكل الإجراءات غير نقدية , بينما هناك فريق آخر يستعمل مصطلح التنفيذ العيني الجبري (1) .

و ما يمكن ملاحظته أن استعمال المصطلحات في هذا المجال غير مضبوطة مما يختلط فيه الأمر و بالتالي يتعين معه في هذه الدراسة ضبط المفاهيم حتى يتسنى لنا تحديد مفهوم التنفيذ العيني.

و إن تحديد مفهوم التنفيذ العيني يفضي إلى نتائج عملية بالغة الخطورة , فلا يقتصر الأمر على مجرد عرض آراء نظرية خالصة , فكثيرا ما يختلط التنفيذ العيني بنظم قانونية آخرى تشتبه به , و مع هذا تختلف عنه في أحكامها و آثارها .

## الفرع الأول

## التنفيذ العيني و التنفيذ بمقابل

دون الخوض في النقاش الدائر بين فريق من الفقهاء مند عدة سنوات , فإنه يمكننا القول أن التنفيذ العيني هو مقابل للتنفيذ بمقابل , من حيث الأداء الذي ينصب على نفس الشيء , و هـذا ما نصت عليه المـادة 539 مـن القانون المدني الجزائـري , و التـي تقابلها المـادة 1915 مـن القانون المدنـي الفرنسي و المادة 635 من القانون المدني المصري , و التي تتعلق بعقد العارية حيث يجب في مثل هذه العقود رد الشيء المعار عينا .

**و في هذا المجال يطرح تساؤلا جديا حول معنى مصطلح التنفيذ العيني , فهل يقصد في هذا الصدد تنفيذ عيني للالتزام , أم تنفيذ التزام عيني ؟**

---

(1) – julien coulet , op-cit , p 9 .

**فحسب الفرضية الأولى** , فإن التنفيذ العيني للالتزام ينصب على التنفيذ التام لما تم الاتفاق عليه بدون أن تؤثر طبيعة الالتزام على الإجراء , و بالمقابل يكون التنفيذ بمقابل إذا كان التنفيذ ينصب أساسا علــى تقديم مقابل سواء كان نقديا أو عينيا , و فــي هذه الحالــة يمكننا الحديث عن التنفيذ العينــي بمقابل و يتم اللجوء إلى هذا النوع من التنفيذ في حالة الندرة في عرض السلع , فيتم تقديم شيء كمقابل لم تم الاتفاق عليه في العقد (1) .

**أما بالنسبة للفرضية الثانية** فإن الطبيعة الخاصة للالتزام هي التي تضفي لونا على الإجراء فعلى خلاف تنفيذ الالتزام عينيا , فإن تنفيذ التزام عيني لا يكون دائما عينيا , بحيث أن هناك أنواع من الالتزامات لا يمكن تنفيذها عينيا , دون الإخلال بحق الدائن في الطرق الأخرى للتنفيذ .

و الحديث عن التنفيذ العيني يجرنا عموما إلى الحديث عن الأداء المقدم أكثر منه من طبعة الالتزام و منه فإننا نعتمد الفرضية الثانية , بحيث لا يمكن تصور قيام إلا تنفيذ عيني للالتزام , إلا أن البعض يرى أن هذا التمييز غير مفيد , بحيث أنهم يرون أنه لا يوجد تنفيذ عيني إلا في التزام عيني وهذا ما يؤدي إلى إهمال عطاء الدفع la dation en paiement (2) .

و يستند هذا الفريق على قراءة نص المادة 1243 من القانون المدني الفرنسي (3) .

و بمفهوم المخالفة يجوز للمدين بعد قبول الدائن , من أن يوفي بالتزامه و ذلك بتقديم شيء أو أداء خدمة غير التي تم تحديدها في العقد , و منه نكون بصدد تنفيذ عيني لالتزام نقدي , و لا يتأتى هذا الأمر إلا باتفاق بين الدائن و المدين و بهذا نكون بشكل ما أمام تعديل للعقد الأصلي (4) .

و في حالة ما إذا لم يكن عطاء الدفع ممكنا , فإنه لا يمكن للمديـن أن يجبر الدائن على قبول الشــيء المعروض غير الــذي يستحقه , حتــى و إن كانت قيمة الشــيء المعروض بنفس قيمة الشــيء أو

---

(1) – Julien Coulet , op-cit , p 10 .

(2) -.Bicheron, LA dation en paiement, thèse de doctorat Paris2, 2003, cass.A, P, 22avril1974, J, 613 note J.derrida, jcp1974, 2,17876, note A.benbant : « il y a dation en paiement lorsqu'il est remis au créancier à l'autre chose que l'objet même de la dette ».

(3)- تقابل المادة 1243 من القانون المدني الفرنسي ، والمادة 276 من القانون المدني الجزائري ، و المادة 341 من القانون المدني المصري.

(4)–article 1243 du code civil français : « le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due , quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande ».

كانت له قيمة أعلى , و هذا ما نصت عليه المادة 276 من القانون المدني الجزائري [1] .
و أيضا المادة 1243 من القانون المدني الفرنسي , و المادة 341 من القانون المدني المصري [2] .

و عليه , فلأجل هذا يمكن اعتبار أن التنفيذ العيني يتعلق خصيصا بالالتزام العيني , بحيث يمكن إجبار المدين على التنفيذ العيني , و بشرط أن لا يكون هذا الالتزام التزام نقدي , و لهذا السبب كذلك يمكن اعتبار أن ما يميز التنفيذ العيني هو الإجبار على التنفيذ العيني و لو بشكل أقل من الأداء الأصلي [3] .

## الفرع الثاني
## التنفيذ العيني و التعويض العيني

لا شك في أن مصطلح التنفيذ العيني و التعويض العيني قد يتشابهان إلى حد لا يولي الكثير منا انتباها إلى الفرق الجوهري القائم بين هذين الإجراءين [4] .

و قد ذهب فريق من الفقهاء إلى توسيع نطاق التعويض العيني إلى حد بعيد على حساب التنفيذ العيني , إذ يعطي أصحاب هذا الرأي لفكرة التعويض العيني مدلولا واسعا يستغرق التنفيذ العيني للالتزام جبرا على المدين , تأسيسا على أن دعوى التنفيذ , إذ تؤدي إلى إزالة الضرر الذي يترتب على الإخلال بالالتزام , تهدف إلى إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوعه , و من ثم إلى التعويض العيني لنتائج الإخلال به , بمعنى أن الالتزام بالتعويض ينشأ بمجرد امتناع المدين من تنفيذ التزامه , أو بإساءة تنفيذه يقتصر التنفيذ العيني للالتزام على وفاء المدين اختيارا به [5] .

و قد انتقد الـرأي المتقدم من جهة , أن عدم التنفيذ لا ينهي الالتزام , بل بالعكس أنه يحرك الالتزام و يطلق القوة الجبرية للالتزام , و إذا كان الضغط العام يكتفي بتبديل إرادة المدين , فإنه يوجد تنفيذ بسيط للالتزام , أي التنفيذ العيني و ليس التعويض العيني .

(1) – تنص المادة 276 من القانون المدني الجزائري على: « الشيء المستحق أصلا هو الذي يكون به الوفاء ، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره و لو كان هذا الشيء مساويا في القيمة أو كانت له قيمة أعلى ».

(2)– تنص المادة 341 من القانون المدني المصري : « الشيء المستحق أصلا هو الذي به يكون الوفاء فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ، و لو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى ».

(3) –Julien Coulet , op-cit , p 11 .

(4)– من أبرز الفقهاء من كان يخلط بين التنفيذ العيني و التعويض العيني الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مرجعه الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، ص 669 , و أما في جانب الفقه الفرنسي نجد أ "مارسيل" ، في رسالته التنفيذ العيني للالتزامات للقيام بعمل و الامتناع عن عمل / ص 58 .

(5) – أنظر الموقع الإلكتروني التالي : www.minshawi.com.

في حين ذهب رأي آخر إلى مد دائرة التنفيذ العيني إلى حد بعيد , على حساب التعويض العيني قائلا بأنه يوجد طريقتان يدخلهما الجمهور في نطاق التعويض العيني و هما التنفيذ بمقابل , و التنفيذ العيني المشتق (1) .

و يتم ذلك إما بإصلاح المدين الشيء الذي أعطبه بخطئه أو بترك الدائن الشيء الذي أتلفه المدين مقابل تعويض , إلى جانب وجود التنفيذ الجبري للالتزام بمعاونة السلطة العامة , مثل تسليم العين المؤجرة إلى المستأجر جبرا عن المؤجر , إذ أن التنفيذ بمقابل و التنفيذ العيني المشتق ليس تنفيذا عينيا , و إنما طرق خاصة لتعويض الضرر الذي ترتب على عدم التنفيذ , إذ يحصل الدائن بالتنفيذ العيني على ما كان يحصل عليه , تماما كما لو كان المدين , في حين يتغير الوضع في التنفيذ العيني عما يكون عليه في حالة الوفاء جبرا عنه (2) .

و لما كان التعويض العيني نظاما متميزا عن التنفيذ العيني , فقد وصفت الأستاذة "روجودي بوببيه" Roujou De Boubee" الخلاف بين أنصار فكرتي التعويض العيني و التنفيذ العيني بأنه تلاعب بالألفاظ une simple querelle de mots (3) .

و يرى جانب من الفقه أن التنفيذ العيني يوفر للدائن عينا محل حقه , حين لا يوفر له التعويض سوى بديل عنه و لو كان مشابها تماما له (4) .

أما رأي آخر فيرى أن الفرق بين التنفيذ العيني و التعويض العيني هو أن الأول قبل وقوع الإخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الإخلال به , و الثاني بعد وقوع الإلتزام , لإزالة المخالفة تكون بالتعويض العيني (5) .

أما البعض الآخر فيرى أن هناك فرقا بين التنفيذ العيني و هو قيام المدين بتنفيذ عين ما التزم به , و التعويض العيني هو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر , و ذلك بمحو الضرر و إزالته إذا كان ذلك ممكنا لأن التنفيذ العيني هو الطريق الطبيعي لتنفيذ الالتزام خاصة إذا كان

---

(1) - Dragu , op-cit , p 34 et 41 .

(2)-أنظر الموقع الإلكتروني التالي: www.minshawi.com

(3)- أنظر ، روجي دي بوبيه ، دراسة لفكرة التعويض ، رسالة دكتوراه بالفرنسية ، تولوز ، 1973 ، ص 143-207 .

(4)- راجع د / طلبه وهبه خطاب ، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية و القانون ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1983 ، ص 22 .

(5)- راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 798 .

الالتزام عقديا ، أما التعويض العيني فهو جزاء لتحقق المسؤولية و طريق استثنائي من طرق تعويض الضرر , و يغلب الحكم به في المسؤولية التقصيرية ، لأن التنفيذ العيني بالنسبة للالتزامات القانونية هو مجرد عدم الإضرار بالغير .

و يضيف آخرون القول بأن الخلط بين التنفيذ العيني و التعويض العيني , يرجع إلى عدم التمييز بين التعويض باعتباره وسيلة احتياطية يلجأ إليها المتضرر في حالة تأخر المسئول عن الوفاء بالتزامه أو عند استحالة التنفيذ العيني باعتباره الأصل .

## المبحث الثاني
## الأصول التاريخية للتنفيذ العيني في الشرائع

إن التأصيل التاريخي لمعالم فكرة التنفيذ العيني تقودنا بلا شك إلى الفهم الجيد لهذه الفكرة , فبعدما استجلينا هذا المفهوم من خلال عرض بعض النظريات , و كذلك تمييز هذه الفكرة عن النظم القانونية المشابهة لها , فإنه من المنطقي أن نتطرق إلى ظهور هذه الفكرة في الحضارات المختلفة .

و لعل ربط الفكرة بالمكان و الزمان يحتم علينا التطرق إلى ظهور الفكرة في مختلف الحضارات لاسيما استجلاء الحالة الأولى التي نشأت فيها الفكرة , و بيان المظاهر المتتابعة التي تشكلت بها خلال التقاليد الأولى ثم العوامل التي بعثت على تطورها و اتساع أحكامها.

و في مرحلة من مراحل تاريخ الإنسانية عرف الإنسان و لأول مرة تقسيم العمل , فتخصص قسم من الأفراد في كل جماعة في الزراعة , و تخصص القسم الآخر في الحياكة ، أما القسم الآخر فقد انصرف إلى الدفاع عن أرضهم من الغزو الخارجي , أو حتى القيام بالغزو بأنفسهم , و قد أفضى هذا التخصص و تقسيم العمل إلى زيادة الإنتاج , بحيث نشأ منه فائض في حوزة بعض الأفراد , مما دفعهم إلى مبادلة سلعهم بما يحتاجون إليه من سلع أخرى , و بهذا عرف الإنسان المبادلة الاقتصادية .

و قد استعملت جماعات البشر حسب ظروفها الاقتصادية بعض الأشياء ذات المنفعة العامة , و التي يسهل نقلها و الاحتفاظ بها , مقياسا تقدر به قيم الأشياء , و هكذا تسللت النقود شيئا فشيئا في علاقات الأفراد و معاملاتهم , و تحقق بتوسطها عمليات معقدة , و أدركت بها قدرة الفرد في المستقبل على

إتيان تبادل جديد يكتسب بمقتضاه ما يرغب فيه من أشياء و حاجيات , حين يتحقق عجزه في التزود بإرضاء حال و مباشر , و بذلك بدت لنا آفاق التقدم الفسيحة التي هيأها للبشرية اختراع النقود (1) .

و قد ترتب على هذا الوضع ظهور فكرة المقاصة المالية , ففي الماضي لم يكن أمام أسرة الشخص المقتول غير الاقتصاص من القاتل و ذلك بقتله أو قتل أحد أفراد أسرته أو عشيرته , و ذلك وفقا لقانون الثأر , لكن هذا الوضع لم يلبث و أن اختفى بظهور النقود , و بالتالي تدارك العديد من حالات الانتقام الفردي المتزايدة , بعمل مقاصة مالية مقابل ما تم الإضرار به (2) .

و منه , و في مرحلة من مراحل التاريخ الإنساني , تربع على العرش مبدأ التعويض العيني واندثر شيئا فشيئا مبدأ التنفيذ العيني , مهما كان موضوع الالتزام , و مهما كانت قدرة المدين على تنفيذه بغية تحقيق السلام الاجتماعي , و تحاشيا لأي إكراه عنيف أو مباشر .

غير أن تلك النتيجة لم تكن مطلقة و نهائية , فخلال تطور الأنظمة الاقتصادية التي مرت بها البشرية , ابتداء من الشيوعية البدائية إلى الأنظمة الاشتراكية المعاصرة , إلى فترة نشوء الرق و نظام الإقطاع , و النظام الرأسمالي , و قد وجدت كل هذه الأنظمة مجموعة من القواعد التي تتطابق مع أساليب الإنتاج المتبعة فيها , و قد انعكست هذه القواعد خلال مراحل تطورها على موضوع التنفيذ العيني للالتزامات العقدية (3) .

و عليه , و مما تقدم ذكره فسوف نحاول أن نستعرض المعالم التاريخية لفكرة التنفيذ العيني , حيث سنتطرق في **المطلب الأول** إلى التطرق إلى المعالم التاريخية لفكرة التنفيذ العيني في الحضارات القديمة أما **المطلب الثاني** فسنخصصه إلى تطور هذه الفكرة في العصور الوسطى , أما **المطلب الثالث** فسنتطرق فيه إلى رسوخ فكرة التنفيذ العيني في التشريعات الحديثة .

---

(1)– راجع د /عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 36.

(2)- Julien Coulet , op -cit , p 26 .

(3)–راجع د /عادل جبري محمد حبيب ، المرجع نفسه ، ص 36.

## المطلب الأول

## المعالم التاريخية للتنفيذ العيني في الشرائع القديمة

جاء "سولون" إلى مصر 595 قبل الميلاد و قال : ( أخذني أحد الكهنة إلى بيت أفلاطون الذي أقام فيه و قال لي : هنا علمنا أفلاطون الفلسفة في مصر طوال 13 عاما , ثم ربت (طبطب) على كتفي قائلا : أنتم أيها اليونانيون أطفال بالنسبة لنا ) (1) .

إلا أنه لم يكشف عن أي مجموعات قانونية في مصر القديمة لسبب وجيه و هو أن تلك المجموعات القانونية قد كتبت على أوراق البردي و الجلدي و الجلود لظروف معينة لم تصل إلينا , إلى جانب هذا فقد كان هناك مجموعات قانونية متكاملة , و لقد كان الملك هو المشرف على تشريع القوانين و السلطات القضائية و هو المصدر الأعلى للقوانين (2) .

و لـم تتجه عنايــة الباحثين إلى التخصص و التعمق في دراسـات تفصيليـة لقوانين مصر القديمة و خاصة فكرة التنفيذ العيني للالتزامات العقدية , و السبب كما سبق ذكره هو ندرة النصوص القانونية لمصر الفرعونية , كما تكمن الصعوبة في البحث في أن الوثائق التي تم العثور عليها , لا تكاد تمثل في الواقع سوى فترات زمنية محدودة و متفرقة خلال فترات تواجد الحضارة الفرعونية .

و لقد ظل القانون المصري الفرعوني ممتد تطبيقه في البلاد طوال مدة تناهز الثلاثون قرنا من الزمان , و قد كان الملك ( فرعون ) هو وحده صاحب السلطات التشريعية في البلاد , تطبيقا للطبيعة الإلهية التي كان يتمتع بها و كانت هذه التشريعات التي تصدر عن الملك تأخذ صورة القوانين أو المراسيم أو اللوائح , و يقصد بالقوانين التعليمات التي كان يصدرها الملك باعتباره صاخب السلطة التشريعية , أما المراسيم و القرارات فإنها كانت تصدر عنه باعتباره صاحب السلطة التنفيذية , وأحيانا كان يفوض الملك بعض كبار موظفيه نيابة عنه في إصدار هذه المراسيم و القرارات , و هذا التفويض كان يتمثل في منح الملك ختما خاصا يحمل اسم الملك و الإدارة التي يختص بها الموظف , و هـذا التفويض لـم يكن يتضمن أي تنازل مـن جانب الملك فــي إصدار القوانين بل ظل يحتفظ بهذه السلطة ويمــارسها دون مشاركة من أحد (3) .

---

(1) - راجع الموقع الإلكتروني التالي: http://www.thanwya.com/vb/showthread.php?t=285453

(2)- راجع الموقع الإلكتروني التالي: http://www.f-law.net/law/showthread.php/21266

(3) - راجع الموقع الإلكتروني التالي: http://www.law-zag.com/vb/showthread.php?t=18819

و لاشك في أن هناك إسهامات أخرى لحضارات أخرى لكننا لسنا هنا بصدد الحديث عن كل الحضارات و إسهاماتها في إرساء القواعد القانونية , و لعل اختيارنا للحضارة الفرعونية و حضارة ما بين النهرين ليس من قبيل الصدفة , أو الاختيار العشوائي بل هو نتيجة للإسهام الكبير لهاتين الحضارتين في كل مناحي الحياة , و عليه سنحاول تبعا التطرق إلى معالم فكرة التنفيذ العيني في حضارة ما بين النهرين ثم التطرق إلى معالم الفكرة في حضارة مصر الفرعونية .

## الفرع الأول

## معالم فكرة التنفيذ العيني في حضارة ما بين النهرين

امتازت قوانين ما بين النهرين بخلوها من مظاهر القسوة و الانتقام التي كانت سائدة في ذلك الشطر من الزمن , و أن التنفيذ العيني في تلك القوانين ليس نظرية عامة خصها هذا القانون أو ذاك بأحكام معينة تناولاه بالتفصيل , و إنما هناك نصوص متفرقة بين ثنايا هذه القوانين تعد تطبيقا لفكرة التنفيذ العيني , و التي ما نزال نجد أثرها و صداها في القوانين المعاصرة , و بناءا عليه يمكن ذكر بعض هذه النصوص القانونية و هي :

1 /- **قانون أور- نمو ( 2113 – 2095 ق.م )** : يعد هذا القانون من أقدم القوانين المكتشفة في العراق , و على الرغم من النقص الموجود في النصوص المكتشفة إلا أنه يمكن تصنيف المواد المتبقية إلى مجموعات متميزة تعالج موضوعات مستقلة , فعلى سبيل المثال تضمنت المواد 27 – 29 أحكام التجاوز على حقول الغير , و نشير أن هذه النصوص لم تضمن إشارة صريحة إلى أحكام التنفيذ العيني.

2 / – **قانون حمو رابي ( 1728 – 1686 ق.م )** : و يعد قانون حمو رابي من أكمل القوانين التي عرفتها المجتمعات القديمة من حيث تنظيمه للأحكام , إذ نص هذا القانون على سبيل المثال على إعادة أملاك الهارب من أداء الخدمة العسكرية عند عودته إلى وطنه إذا كانت غيبته لمدة سنة واحدة (1) .

و لا شك في أن حضارة بلاد ما بين النهرين , كانت حضارة مزدهرة جدا , و في المجال القانوني قد توصل العلماء إلى آلاف التصرفات القانونية المسجلة باللوحات التي عثر عليها في بلاد ما بين النهرين في أزمنة و أمكنة مختلفة (2) .

---

(1)- راجع د / عبد الرحمان البزاز ، الموجز في تاريخ القانون ، دار دجلة للطباعة و النشر ، بغداد ،طبعة 1948 ، ص 54 .

(2)- راجع الموقع الإلكتروني التالي: http://www.mafhoum.com/press9/270C31.htm

و قد اتخذت اللوحات البابلية نمطا مشتركا تحدد فيه عناصر الاتفاق في تسلسل واضح , ففي أعلى اللوحة يتحدد مكان التصرف ثم أسماء أطراف العقد ثم نبذة عن مضمون التصرف , و وصف موضوعه ثم ذكر الشهود و تاريخ العقد , و من جهة أخرى فقد عرف قانون بلاد ما بين النهرين عقد الإيجار والوديعة و الرهن و الشركة و غيرها من العقود المرتبطة بالتعامل التجاري .

و رغم تعدد العقود في بلاد ما بين النهرين , و ممارسة الأفراد في معاملاتهم لنماذجها المختلفة إلا أن النظام القانوني السائد في ذلك الوقت لم يصل إلى تحديد الفكرة المجردة للعقد , كما لم يستطع أن يقيم نظرية عامة متماسكة للالتزامات على نحو ما توصل إليه الرومان فيما بعد .

ففي مجال عقد البيع مثلا , و رغم أهمية مثل هذا النوع من العقود , إلا أنه لم يحظ باهتمام النصوص القانونية التشريعية , إلا بالنسبة لبعض المسائل الجزئية أو التفصيلية التي كانت محلا للخلاف أو الغموض في التفسير , أما ما تبقى منها من مسائل أساسية فقد ترك حكمها للأعراف السائدة في ذلك الوقت و التي يصعب على الباحثين التوصل إلى مضمونها الحقيقي (1) .

و لكن في المقابل يمكن الوصول إلى تحديد بعض الخصائص لعقد البيع في بلاد ما بين النهرين فيما يلي :

**1** – انتقال الملكية من البائع إلى المشتري مقابل أداء الثمن. وكان البيع في بلاد ما بين النهرين ناجز الثمن , ومن ثم فان أداء الثمن , وليس تسليم الشيء المبيع , هو الشرط الأساسي لانتقال الملكية.

**2** – ضمان الاستحقاق , وهو التزام أشارت إليه نصوص مجموعة حمو رابي.

**3** – ضمان العيوب الخفية , وقد جاء النص على هذا الالتزام في مجموعة حمو رابي أيضا وفي مناسبة بيع الرقيق , حيث خول القانون لمشتري العبد أن يعيده إلى بائعه إذا أصابه داء الصرع خلال الشهر التالي للبيع.

و عليه , و مهما يكن من مظاهر الحياة القانونية في بلاد ما بين النهرين و التشريعات المختلفة آنذاك و بالأخص " قانون حمو رابي" , فإن الذي يعنينا في هذا المجال هو فكرة التنفيذ العيني , فما يمكن قوله أن حضارة ما بين النهرين عرفت التنفيذ العيني كتطبيق عملي في حياة الأفراد , إلا أنه لم تعرفه كنظام قانوني يستند على مبادئ قانونية مثل القوة الملزمة للعقد , و نظرية المسؤولية المدنية وفكرة الضمان العام و غيرها من المبادئ التي تشكل جوهر فكرة التنفيذ العيني .

---

(1) – راجع الموقع الإلكتروني التالي :http://www.mafhoum.com/press9/270C31.htm

## الفرع الثاني

## معالم فكرة التنفيذ العيني في مصر الفرعونية

لا تقل الحضارة المصرية الفرعونية شئنا عن الحضارات الإنسانية شئنا , فلعل شموخ الأهرام في مصر لخير دليل على قوة الفراعنة في شتى مناحي الحياة , و منها الجانب القانوني فقد ظل القانون المصري الفرعوني مطبقا في أرض مصر قرابة ثلاثين قرنا من الزمان (1) .

و يبدأ التأريخ الفرعوني بتوحيد مملكتي الشمال و الجنوب على يد الملك "مينا" حوالي عام 3200 قبل الميلاد , و تنتهي بفتح " الإسكندر الأكبر" لمصر عام 332 قبل الميلاد , و منه يمكن تقسيم تاريخ مصر إلى ثلاث حقب رئيسية و هي(2) :

* **<u>عصر الدولة القديمة</u>** : و تميزت هذه الفترة بظهور النظام الإقطاعي في عهد حكم الأسرة الخامسة و استمرت إلى عهد الأسرة العاشرة .

* **<u>عصر الدولة الوسطى</u>** : و تخللت هذه الفترة حكم الأسرة الحادية عشر و تمتد إلى بداية الأسرة العشرين , و تميزت هذه الحقبة بتحرر الأنظمة القانونية من آثار الحكم الإقطاعي , و التوجه نحو الطابع الفردي الذي عرف باسم اشتراكية الدولة (3) .

* **<u>عصر الدولة الحديثة</u>** : و تمتد هذه الحقبة من الأسرة العشرين , و تنتهي بفتح لإسكندر المقدوني لمصر عام 332 قبل الميلاد , و تميزت هذه الفترة بنهضة تشريعية عمت البلاد , بدأت بتجميع القوانين في مجموعات مختلفة .

و إن سردنا لهذه الحقبات ليس لتحديد نظام الحكم أو التطرق إلى الحضارة المصرية الفرعونية من جانبها السياسي و الاجتماعي , و إنما كان القصد من ذلك تحديد الإطار العام الذي صيغت من خلاله التشريعات باعتبار أن القانون ظاهرة إنسانية , و منه فإن الذي يعنينا بطبيعة الحال هو فكرة التنفيذ العيني في الحضارة المصرية الفرعونية , و عليه تدل الوثائق القديمة أن مصر الفرعونية عرفت نظام الالتزامات و العقود مند الوهلة الأولى , إذ كان باستطاعة الدائن في عهود النزعة

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 48.

(2) – قال العالم الغربي "فوستيل دي كولانج " بحق : إن النظر في نظم الأولين دون معتقداتهم يؤدي إلى عدم فهمها إذ نجدها غامضة غريبة ، و لا تقبل التفسير و لكن بمناسبة دراسة تلك النظم و القوانين القديمة وضعوا في نفس الوقت المعتقدات الدينية فكل الوقائع تبدو حينئذ واضحة و تفسيرها يتقدم واضحا من تلقاء نفسه ، و هذا القول يصدق على الدين و القانون في مصر الفرعونية أكثر منها في أي بلد آخر لأن الدين يعتبر من أهم الأسس التي قامت عليها الدولة الفرعونية .

(3) – المرجع نفسه ، ص 49.

الفردية أن يطالب مدينه بالتنفيذ العيني كمبدأ عام , وفي حالة تعذر ذلك أن يطالب بالتنفيذ بمقابل , كما أنه لم يكن يسمح للدائن بأن يكره مدينه على التنفيذ , على اعتبار أن الإكراه البدني لم يكن يسمح به في تلك الفترات و بالتالي لم يكن بوسع الدائن سوى المطالبة بفسخ العقد أو التعويض , إلا أن هذا الوضع لم يدم فكل هذه القواعد قد تغيرت في ظل النظام الإقطاعي , إذ تدخل المشرع بتنظيم آثار الالتزام دون الاعتداد بإرادة الأفراد , و بالتالي تدخل أصبح الإخلال بالالتزام التعاقدي يشكل جريمة تخل بالنظام العام للمجتمع .

و لقد أكد الفقيه الفرنسي هذا الأمر في رسالته , حيث رأى : ( أن الدائن خلال هذه الفترة , كان له أن يسترق مدينه ( أي يتخذه عبد له ) إذا امتنع عن تنفيذ الالتزام **(1)**.

و مما يبدوا أن الدائنين استعملوا هذا الحق بكثير من القسوة , مما اضطر معه تدخل السلطة أحيانا لصالح المدينين , و هكذا حرر "سيزوستريس" العديد من المدينين المثقلين , الذين كانت حالتهم تتم عن البؤس و الشقاء **(2)**.

و تشير البحوث التاريخية أن مصر الفرعونية عرفت عقد البيع , و هو من أكثر العقود شيوعا و قد وردت عبارة في أحد العقود القديمة تفيد بجدية الأخذ بالتنفيذ العيني لعقد بيع منزل , صادر من الكتاب "تنتى " إلى الكاهن "كمابو" , حيث يقول البائع مخاطبا المشتري " قسما بحياة الملك , سأعطي ما هو حق , و ستكون أنت مستوفيا بذلك , كل ما تفيده الدار "**(3)** .

و في عهد الملك " بوخريس " صدر مجموعة "بوخريس" الشهيرة , و قد تميزت هذه المجموعة بالصبغة المدنية , فقد تم إلغاء الإكراه البدني , حيث جعل المدين مسئولا عن دينه في ماله و ليس في جسمه كما كان معمول به من قبل , و بالتالي أصبح الالتزام يقع على ذمته , لا على شخصه و منه فعلى المخل بالتزامه أن يدفع غرامة مالية قدرها نصف قيمة الدين , كما أنه كان لا يجوز الاقتراض إلا إذا رهن المقترض جثة والده محنطة طبقا للأصول المتبعة , و إذا مات مدينا أقيمت ادعوى على جثته كي يقضي بعدم استحقاقها مراسيم الدفن وفقا للطقوس السائدة و يعتبر هذا الأمر من أشد الأمور وقعا على ورثة المدين مما يجعلهم يكدون بدفع الدين ليتخلصوا من هذا العار , و يدفنون الجثة وفقا للطقوس السائدة **(4)**.

---

(1) −Deymes (M.L) / l'évolution de la nature juridique de la contrainte par corps, thèse Toulouse, 1942, p 16.

(2)− راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 50.

(3) − جاءت هذه العبارة بصيغة اليمين مما يفيد بأن البائع قصد بذلك تنفيذ الإلتزام الناشئ عن العقد تنفيذا عينيا .

(4) للمزيد راجع المرجع نفسه ، ص 21−22.

## المطلب الثاني

## المعالم التاريخية لفكرة التنفيذ العيني في العصور الوسطى

يعتبر القانون الروماني مهدا للقوانين الجرمانية , و قد حضي بقسط وافر من اهتمام العلماء والباحثين فتوالت البحوث و الدراسات إلى درجة أصبح فيه أي دراسة قانونية تنطلق في بحثها من القانون الروماني , بل أصبح القانون الروماني مادة أساسية تدرس في أعرق جامعات القانون .

و يعتبر إسهام الفقهاء الرومان في تكريس النظريات القانونية من أهم الإنجازات الإنسانية , و قد أضحى لهؤلاء تأثير كبير على المفكرين المعاصرين , لهذا يقال أن " أن النظرية العامة للالتزامات ليست هي إبداع الرومانيين بقدر إبداع المتورمنين ( أي من تأثروا بالفكر الروماني ) , و لا أحد ينكر أن جذور النظرية يستمد من الفكر القانوني الروماني ) [1].

بالإضافة إلى التطرق إلى القانون الروماني و البحث في مدى اعترافه بالتنفيذ العيني , فإنه من كمال الدراسة التطرق إلى أحكام الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي في هذا الشأن , فالواقع الذي يذكره لنا المؤرخون و العلماء و الباحثون لخير دليل على إسهام الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي على تكريس مفاهيم لم تعرفها الإنسانية من قبل , و لا جدال في أن الشريعة الإسلامية الغراء , التي ولدت في أحضان الحق و العدل تحرص كل الحرص على تقديم الاستقرار , و تحقيق التوازن في العلاقات العقدية بين الأفراد , في إطار المنهجية الإسلامية المتكاملة , فذاك الاستقرار يمثل خلاصة القيم التي يرتكز عليها يقظة الضمير داخل الكيان الإنساني كما أنه يعد أرفع صور العدل الاجتماعي بين الأفراد و الجماعات , و لن نخوض كثيرا في ذكر مناقب الشريعة الإسلامية حتى لا نتهم بالتحيز و لكن يمكننا أن نسوق رسالة عمر ابن الخطاب أمير المؤمنين رضي الله عنه إلى القاضي موسى الأشعري حيث يقول فيها رضي الله عنه : **( فإن القضاء فريضة محكمة و سنة متبعة , فافهم إذا أدلي بك , فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له , آس بين الناس في مجلسك و وجهك و عدلك , حتى لا يطمع شريف في حيفك و لا يخاف ضعيف جورك , البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حرام أو حرم حلالا , لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس راجعت فيه نفسك و هديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق قديم لا يبطله شيء , مراجعة الحق خير من التمادي في الباطل ....)** [2].

---

(1)- Julien Coulet , op-cit , p 23 .

(2)- راجع الموقع الإلكتروني التالي : http://www.naabd.com/vb/t31291.html

# الفرع الأول

## معالم التنفيذ العيني في القانون الروماني

إن دراسة القانون الروماني ليس بالأمر الذي لا يخلو من الصعوبات , ذلك أن هذا القانون يستمد كيانه من فترات مختلفة مما جعل من المفاهيم العامة للنظرية العامة للالتزامات تختلف باختلاف الزمان و منه فمن الضروري أن نحاول دراسة مفهوم التنفيذ العينـي حسب الفترات التي جسدت معالم هذه النظرية , و منه يمكن تقسيم هذه الفترات إلى ثلاث فترات رئيسية و هي فترة دعاوى القانون période des actions des lois , و بعدها فترة الإجراء الشكلي la période de la procédure formulaire و في الأخير فترة الإجراء غير العادي période de la procédure extraordinaire.

و منه و قبل التطرق إلى دراسة هذه الفترات ارتأينا إن نستعرض مفهوم التنفيذ العيني عند الفقيه "جوستنيان" , حيث يعرف هذا الأخير الالتزام بقوله : " هو رابطة قانونية بمقتضاه نكون مهددين بضرورة الوفاء بشيء معين وفقا لقوانين المدينة "(1).

و يتحدد مفهوم التنفيذ العيني – حسب مفهوم هذا الفقيه – حيث يرى : " إن جوهر الالتزام ليس في اكتسابنا لشيء أو ارتفاق ، بل هو بإكراه الغير في مواجهتنا على نقل ملكية هذا الشيء , أو تنفيذ أداء معين " (2).

و عليه سنتطرق بعد هذا التعريف المقتضب لمفهوم الالتزام عند "جوستنيان" , لهذا المفهوم في مختلف الفترات السابق ذكرها .

**1 – <u>فترة دعاوى القانون</u>** : لقد تميز المجتمع الروماني بالقسوة و القهر , و في هذا يقول الفقيه "إهرنج " إن القوة الفردية كانت إحدى العلامات الأساسية في تاريخ القانون الروماني , و ليس بمقدور العصور محو آثار ذلك العرق و الدم " (3).

---

(1) –« un lien de droit par lequel nous sommes astreints par la nécessite de payer une certaines chose conformément aux droits de notre cité » .

(2)-« l’essence de l’obligation n’est pas de nos acquérir une chose ou une servitude mais d’astreindre autrui vis-à-vis de nous transférer quelque chose , a faire u accomplir une prestation » .

(3)–راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 52.

– و راجع د / عبد العزيز خليل بدوي ، قواعد و إجراءات التنفيذ الجبري و التحفظ في قانون المرافعات بالمقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية ، 1980 ، ص 17 .

و إن تنفيذ الالتزام لا يخلو من قسوة الدائن , إذ كان يحق لهذا الأخير القبض على مدينه وإبقائه في سجنه و لا يطلق سراحه إلا إذا وفى بدينه , و إذا لم يفعل ذلك بنفسه أو لم يقم الغير بذلك , جاز للدائن أن يتخذه عبدا أو حتى أن يقتله (1).

لهذا تدخل " قانون الألواح الإثنى عشر" ليكفل للمدين بعض الضمانات , فمن أجل الحصول على اعتراف بالتزام يجب ترديد عبارات خاصة , و منه فإن الإخلال بهذا الإجراء يترتب عليه عدم الاعتراف بالالتزام , وفقا للقاعدة القانونية التي تقضي بأنه " لا حق بدون دعوى " " pas d'action , pas de droit" (2).

و يمكن تلخيص أهم الأحكام التي تضمنها قانون الألواح الإثنى عشر , حيث نص هذا القانون على الإجراءات التي يجب أن يقوم بها أثناء فترة الحبس بعد أن يستصدر حكم لصالحه , حيث يحق له أن يصفد مدينه بالأغلال على أن لا يتجاوز وزن هذه الأصفاد سبعة كيلوغرامات و نصف الكيلوغرام و أن يعطيه نصف كيلوغرام من الدقيق كغذاء له في كل يوم (3).

كما ألزم القانون على الدائن أن يحضر المدين إلى السوق أو الساحات العامة ثلاث مرات متتابعة ليعلن على الملأ المبلغ الذي يلزم المدين دفعه , و إذا ما أنقضت ستون يوما و هي مدة الحبس جاز للدائن أن يتصرف في المدين إما بقتله أو بيعه رقيقا وراء نهر" التيبر" , أو يحتفظ به ليسخره في مصالحه كما أنه في حالة تعدد الدائنين فقد نص القانون لهؤلاء أن يقوموا بتقطيع المدين و تقسيم جثته بينهم (4).

**و إن التساؤل الذي يطرح في هذا المجال , هل يمكن القول أن فترة الدعاوى قد عرفت التنفيذ العيني على اعتبار أن التنفيذ على جسم المدين لا يعتبر بأي حال من الأحوال تنفيذا عينيا ؟**

---

(1) – راجع القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 06.

(2) – julien coulet , op-cit , p 23 .

(3) - تقام الدعوى أما البريتور بترديد كلمات شكلية مقدسة ، و لا يحق للمدين في هذه الدعوى أن يعارض في إدعاء الدائن و إنما يجوز للغير القيام بذلك ، و إذا ما أثبت هذا الغير صحة إدعائه أمر البريتور وقف إلقاء اليد بدون سند قانوني ، و إذا ثبت كذب دعوى الدائن فإنه توجه إليه إجراءات إلقاء اليد ، و يصبح المبلغ المطالب به ضعف المبلغ الذي ادعى به في ذمة المدين .

(4) - راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 52 .

و لقد أدى اكتشاف آثار تاريخية للفقيه" قايوس– Gaius" إلى إحداث **جدل فقهي كبير بين من يقر** بأن قانون الألواح الإثنى عشر قد تضمنت أحكام تتعلق بالتنفيذ العيني , و يستندون إلى عبارة أساسية في مقارنة" قــايوس" لأحكــام الالتزام بين فترة الإجراء الشكلـــي و فترة دعــاوى القانون, حيث استعمل هذا الأخير عبــارة « sicut olim fieri solbat » , و معناها كما كان الحال في السابق comme cela se produisait autrefois [(1)].

**بينما ذهب فريق آخر** إلى إنكار هذا الأمر و مهما يكن من جدل فقهي فإنه يمكن القول إجمالا أن فترة دعاوى القانون لم تعرف التنفيذ العيني و إن كان مجسدا من الناحية العملية إلا أن هذا لا يجعل منها قواعد قانونية .

**2 – <u>فترة الإجراء الشكلي</u> :** لقد أثرت فترة دعاوى القانون على هذه الفترة , فقد احتفظ المجتمع الروماني بنفس الشدة و القسوة فقد احتفظ الدائن بنفس الامتيازات التي منحت إياهم في فترة دعاوى القانون , إلا أن التطور الذي حدث في المجتمع الرومانـي في مرحلة لاحقة , حرم القانون على الدائن استرقاق مدينه و قصر على حبسه في سجنه الخاص , و إن الحكم الذي يستصدره الدائن من القضاء في دعوى المطالبة بالتنفيذ العيني لم يكن له أي قوة , على اعتبار أن القاضي كان فردا عاديا يفتقد إلى السلطة التي تسمح له بتنفيذ أحكامه بالقوة الجبرية , و بالتالي فكان هذا الحكم بمثابة دعوى وتنبيه المدين بتنفيذ التزامه و في حالة عدم القيام بذلك ينبهه بالعواقب التي تترتب على ذلك [(2)].

و لقد عرفت هذه الفترة إجراءين شكليين , حيث أنه كان يتم التفرقة بين دعوى حسن النية ودعوى القانون ففي الأولى كان يحق للمدين أن يتخلص من الحكم عليه بالتعويضات إذا ما سارع إلى التنفيذ الاختياري , أما في دعوى القانون , فمتى حكم على المدين بتنفيذ الالتزام و التعويض ، فإنه ليس ثمة أن يتخلص المدين من هذا الحكم , و في الأخير و بالنسبة لطبيعة الحكم الذي يصدره القاضي , فيجب التفرقة بين الدعاوى المدنية , و في هذه الحالة فإن الحكم لا ينفذ بالقوة الجبرية , و أما إذا كانت طبيعة الدعوى إدارية – بمفهومنا الحالي – ففي هذه الحالة يتدخل القاضي و يصدر حكما يتم تنفيذه بالقوة الجبرية [(3)].

---

(1)– راجع د / عادل جبري محمد ، المرجع السابق ، ص 57 .

- et voir Julien coulet , op-cit , p 25.

(2)– لقد جاء في إحدى مقولات الفقيه الروماني" أولبيان " Ulipien: ( حينما يتلقى الشخص أمرا من القاضي برد الشيء ويرفض ذلك بزعم أنه لا يقدر على ذلك ، و في حوزته ذلك الشيء , فإن القاضي ينتزع منه بالقوة الجبرية ذلك الشيء ، فإن الحكم لا يكون إلا على الملحقات و الثمار (.....) هذا الحكم هو عام و يطبق على جميع الممنوعات ، و على كل الدعاوى سواء كانت عينية أو شخصية ، أين يكون طلب رد الشيء عن طريق تحكيم القاضي ) .

(3)- Julien Coulet , op-cit , p 34 .

**3 – فترة الإجراء غير العادي :** لقد تميزت فترة الإجراء غير العادي بأن أصبح الفصل في منازعات الأفراد يتم من طرف موظفون معينون من طرف الإمبراطور , و من ثم فقد أصبح القضاة ممثلين رسميين للدولة , يحوزون على السلطة العليا الآمرة إلى جانب سلطتهم في إنزال كلمة القانون وبهذا ظهر النظام الذي يسمى بنظام الدعاوى غير العادية "cognita extra ordinem" .

و قد نص دستور "ديوكلتيان dioclétien" سنة 294 م على هذا الإجراء , فأصبح هو الإجراء الوحيد المعمول به و عليه و في ظل فترة الإجراء غير العادي تجب التفرقة بين الالتزام الذي يقع على شيء و بين الالتزام بأداء خدمة وفق الأحكام التالية :

**أ – الالتزام الذي يقع على الشيء :** ليس هناك مسألة قانونية أثارت خلافا فقهيا مثل مسألة التنفيذ العيني , و في هذا الشأن فيذهب الفقه الغالب إلى القول بأن القانون الروماني في هذه الفترة عرف التنفيذ العيني , بعدما طغى التنفيذ بمقابل الموروث من الفترات السابقة و لمدة طويلة , و يرجع هؤلاء الفقهاء ذلك إلى عدة عوامل أهمها الأزمة الاقتصادية التي مرت بها الإمبراطورية الرومانية بسبب حصار الدولة البيزنطية لها , مما جعل المبادلات تقتصر على حدها الأدنى مما جعل الدائنين يحبذون التنفيذ العيني على اعتبار أن التنفيذ بمقابل لا يفيدهم في شيء .

**ب – الالتزام بأداء خدمة :** على خلاف الالتزام الذي يقع على الشيء فإن الالتزام بأداء خدمة لم يعرف تغييرا في أحكامه , و قد عبر الفقيه الروماني "سيلس Celese " عن الحكم بقوله : " .....بما أنه ( أي المدين ) لا يوفي بما التزم به , فيحكم عليه بمبلغ مالي , مثل ما هو الحال في كل الالتزامات بأداء ما " و هو نفس ما ذهب به الفقيه الروماني "أولبيان Ulipien " بقوله : " لما يفترض أن يقام بشيء و لا يتم تنفيذه , فيجب تقديم المال " [1].

و عليه و في الأخير يمكننا القول أن القانون الروماني لم يعرف التنفيذ العيني كمبدأ عام , و إن كان المجتمع الروماني يلجأ إليه في الحياة العملية ، إلا أن هذا لم ينعكس على الجانب القانوني .

---

(1) – « quand on stipule que quelque chose sera fait et que cela n’est pas fait , il faut donner de l’argent » .
- voir Julien Coulet , op , cit p 37.

## الفرع الثاني

## معالم التنفيذ العيني في الفقه الإسلامي

إن تصور الشريعة الإسلامية للالتزام يختلف تماما عن تصور القوانين الغربية , لهذا نجد أن الشريعة الإسلامية تنفرد بأحكام خاصة , و من نافلة القول أن نقول أن هذه الأحكام تعتبر نتاج طبيعي لما تضمنه القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة , فعلى سبيل المثال لا الحصر فإن نظرية الفسخ تختلف في الشريعة الإسلامية عنه في القوانين الوضعية , فإن الدائن ليس له أن يطالب بفسخ العقد , إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي , و ذلك لأن نظرية الفسخ في الفقه الإسلامي قليلة الاعتبار وضيقة النطاق بالمقارنة مع التشريعات الغربية , كما أن الفقه الإسلامي لا يقر بالمسؤولية العقدية الناتجة عن الإخلال بالالتزام التعاقدي و بالتالي فلا يحق للدائن أن يطالب بالتعويض (1).

و إن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد , يترتب عليه شرعا إلزامه بالتنفيذ , فإن امتنع كان للحاكم اللجوء إلى وسائل الإكراه المتاحة له لتحميله على التنفيذ العيني , و أما بالنسبة لإلزامه على دفع مبلغ مالي على وجه التعويض بسبب امتناعه عن التنفيذ , فلا تبيحه الشريعة الإسلامية والتي تقضي بأن أخذ المال لا يكون تبرعا , أو في مقابلة مال أخذ أم أتلف و إلا كان أكله بالباطل , و على هذا يكون التعويض الذي يطلبه الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين , هو أكل لمال باطل لأنه لم يترتب عليه تلف مال (2).

إذن , فالمبدأ في الفقه الإسلامي هو التنفيذ العيني و ليس التنفيذ بمقابل , و يمكن أن نصادق عدة تطبيقات منها ما نصت عليه المادة 53 من مجلة الأحكام العدلية بقولها : ( إذا بطل الأصل يصار إلى البدل ) (3).

و يفهم من هذا النص أنه يجب تنفيذ الالتزام الأصلي مادام ممكنا , و من ثم لا يجوز الوفاء بالبدل إلا إذا تعذر الوفاء بالأصل , و هذا هو المقصود من التنفيذ العيني .

---

(1) – راجع الشيخ علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، محاضرات ألقيت على طلبة قسم البحوث معهد الدراسات العربية العليا لجامعة الدول العربية ، القاهرة ، سنة 1972 ، ص 20.

(2) – لقد ذهب فريق من الفقهاء الإسلاميين إلى القول بجواز طلب الدائن التعويض .

(3) – راجع المادة 53 من مجلة الأحكام العدلية ، و تعتبر هذه المجلة مجموعة من التشريعات مكونة من ستة عشر كتاب أولها كتاب البيوع ، و آخرها كتاب القضاء ، صدر آخر أعدادها في فترة الخلافة العثمانية في شعبان سنة 1293 هجرية الموافقة لـ 1882 ميلادية .

و كذلك يمكن أن نلمس تطبيقا آخر لذلك المبدأ في أحكام الغصب فقد تضمن المذهب الحنفي أنه يجب رد عين المغصوب , و يبرأ بردها و لو بغير علم المالك , و معنى ذلك أنه يتعين على الغاصب و هو ملتزم و هو ملتزم برد الشيء المغصوب أن ينفذ التزامه عينا [1].

و هذا ما أكدته المادة 890 من مجلة الأحكام العدلية , حيث قضت بأنه : ( يلزم رد المغصوب عينا و تسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجودا , و إن صادف صاحب المال الغاصب في بلدة أخرى , و كان المال المغصوب معه فإن شاء صاحبه استرده هناك , و إن طلب رده إلى مكان الغصب فمصاريف نقله ومئونة رده على الغاصب ) [2].

إذن فالأصل في تنفيذ الالتزامات في الشريعة الإسلامية هو التنفيذ العيني , و يستمد هذا المبدأ أساسه من مصدرين تشريعيين هامين في الشريعة الإسلامية , و هما القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة فنجد أن القرآن الكريم نص في الآية الكريمة من سورة المائدة : " **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد و أنتم حرم إن الله يحكم ما يريد** " [3].

و جاء في آية أخرى : " **و لا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده و أوفوا الكيل والميزان بالقسط لا نكلف نفسا إلا وسعها وإذا قلتم فاعدلوا و لو كان ذا قربى , و بعهد الله أوفوا ذلكم وصاكم به لعلكم تذكرون** " [4].

و أما بالنسبة لأحكام السنة النبوية الشريفة , فقد جاء عن قوله صلى الله عليه و سلم أنه قال : ( **من أخذ أموال الناس يريد أداءها , أدى الله عنه , و من أخذها يريد إتلافها , أتلفه الله تعالى** ) ويبدوا تصديق السنة النبوية الشريفة للآيات القرآنية السالفة الذكر في هذا الحديث حيث جاء عن الصادق الأمين قوله : " أيما رجل تزوج امرأة فنوى أن لا يعطيها من صداقها شيئا , مات يوم يموت و هو زان , و أيما رجل اشترى من رجل بيعا فنوى أن لا يعطيه من ثمنه شيئا , مات يوم يموت وهو خائن و الخائن في النار ".

---

(1) – راجع في هذا الشأن ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام الحنفي الطبعة الثانية ، سنة 1482 ، الجزء السادس ، دار الفكر للطباعة و النشر بيروت , طبعة 2000 , ص 182.

(2) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 163.

(3) – الآية 01 من سورة المائدة .

– و يرى المفسرون للقرآن الكريم أن هذه الآية جاءت عامة في جميع العقود و العهود و التكاليف ، و بالتالي فهي تصدق على العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم خاصا بمعاملاتهم.

(4) – الآية 152 من سورة الأنعام .

و عليه فإن الآيات الكريمة و الأحاديث الشريفة كثيرة تحث على الوفاء بالعهود و العقود , و لا يتأتى هذا الأمر إلا بتنفيذ عين ما التزم به الأطراف , و منه نستقر على الحكم أن الأصل في تنفيذ الالتزامات في الشريعة الإسلامية هو التنفيذ العيني , و هذا المبدأ تقتضيه طبيعة الحق , و تقرره مبادئ العدالة , كما أن تشريعه أملته الضرورة لصيانة الحقوق و الأموال على أربابها , و هذا ما جاءت الشريعة الإسلامية الغراء لتحقيقه (1).

## المطلب الثالث

## معالم التنفيذ العيني في العصر الحديث

يبدأ تأريخ العصر الحديث أو ما يطلق عليه بعض المؤرخين بعصر النهضة , من تاريخ سقوط الإمبراطورية الرومانية سنة 476 ميلادية , و كذلك سقوط القسطنطينية في يد الأتراك سنة 1453 ميلادية , و ما يمكن قوله أن هذه الفترة شهدت انقلابا في جميع مرافق الحياة .

و لقد أشرنا فيما سبق أن الدراسة التاريخية تفيدنا في هذا السياق تتبع مراحل ظهور مبدأ التنفيذ العيني و مدى تبلور الفكرة في مختلف الحضارات , فعلى سبيل التذكير فقد رأينا أن فكرة التنفيذ العيني ترسخت حينا وأفلت حينا آخر , و هذا باختلاف الزمان و المكان , و لعل أبرز سمة في عصر النهضة هو تأثير الحضارة الرومانية على المراحل التي لحقتها , هذا ما دفع بالشراح إلى تحليل القانون الروماني لمعرفة أسباب ازدهار مبدأ التنفيذ العيني تارة , و تارة أخرى اتجه نحو الأفول فعلى سبيل المثال فإن " قانون ساليك salique " لم يكن يعترف بالتنفيذ العيني , و عليه فإذا ما امتنع المدين عن تنفيذ التزامه اعتبر منحرفا (2).

و بالتالي فإنه يترتب على ذلك معاملته وفقا للأحكام العقابية , و منه فعلى المدين أن يدفع مبلغا محددا حتى يتفادى انتقام الدائن , فإذا لم يقم بذلك فللدائن الحق في التنفيذ على أموال المدين أولا , ثم على جسمه , و في هذه الحالة يكون التنفيذ على الجسم إما بالقتل أو بتسخيره , على الدائن قبل هذا أن يقدم المدين أمام المحكمة أربعة مرات فإذا لم يقم المدين بالدفع أو لم يدفع عنه أحد الدين لجأ المدين إلى تنفيذ ما تقدم ذكره (3).

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 169.

(2) −Voir Julien Coulet , op -cit , p 39.

(3) -voir J .Bart , histoire du droit privé de la chute de l’empire romain au x1x siècle ,Domat , 1 ère édition , 1998 , p 94.

و تعتبر هذه الفترة حلقة الوصل بين الفترات السابقة و الفترة الحالية , و في إطار دراستنا هذه و المتمثلة في تحديد مفهوم التنفيذ العيني عبر مختلف الحقبات , و في نفس هذا السياق سنتطرق إلى معالم التنفيذ العيني في الفترة التي سبقت صدور تقنين نابليون في الفرع الأول , ثم سنتطرق إلى تقنين نابليون في الفرع الثاني مع الحرص على الإشارة إلى التقنين الجزائري و الذي هو محور دراستنا بالإضافة إلى التقنين المصري .

## الفرع الأول

## معالم التنفيذ العيني في فترة ما قبل تقنين نابليون

لقد تميزت الفترة التي تلت سقوط الإمبراطورية الرومانية , بظهور زعامة الإمبراطور , الملك و رجال الكنيسة , و قد حاول هؤلاء استعمال القانون لتحقيق أغراضهم مما انعكس على الوضع العام , و من أهم ما تميزت به هذه الحقبة , باستعمال اليمين كوسيلة لإجبار المدين على تنفيذ التزامه , و هذا بتأثير تعاليم الديانة المسيحية و نفوذ رجال الدين في المجتمع , و عليه فلقد جرى العمل على أن يقرن كل عقد باليمين حيث كان المتعاقدان يدرجان بندا في العقد يتضمن أنه عزل الطرف الذي يخل بالتزاماته [1].

و ما يمكن قوله أن هذه الوسيلة و إن كانت لها نوع من الفعالية في تنفيذ الالتزامات و مهما كانت طبيعتها نقدية كانت أو غير نقدية , إلا أنه لا يمكن اعتبارها طريق للتنفيذ العيني , فهي في حقيقة الأمر وسيلة تحث المدين على التنفيذ , و لا تجبره على ذلك , و منه فهي ليست تنفيذ عيني بالمفهوم الحالي.

و قد أدى اكتشاف آثار للفقيه الروماني "جوستنيان" خلال القرن الحادي عشر , إلى بعث النقاش مرة ثانية و خاصة في فرنسا حول مدى إمكانية إجبار المدين على تنفيذ التزامه عينا , و قد تصدر هذا النقاش فقيهان و هما الفقيه "بيلقاروس bulgarus" , و الفقيه مارتنيس "martinus" , فبالنسبة للفقيه الأول يرى بأن الالتزام بإعطاء شيء , هو التزام تخيري بسيط , يترتب عليه التعويض في حالة عدم التنفيذ , أما الفقيه الثاني فيرى بأنه يحق للمشتري إلزام المدين بالتنفيذ العيني للالتزام , و يستند هذا الفقيه على القواعد التي كانت مطبقة في روما [2].

---

(1) −voir Julien Coulet , op -cit , p 43 .

(2) - « quid enim , si panem , vendideris , te non tradente mihi mortuo fame , quid interesse pterit praestari » , que l'on peut traduire par : « a quoi pourra me servir de recevoir une somme si tu m'as vendu du pain et que tu ne l'aies pas livré , alors que je mourais de faim » .
- ibid. , p 45.

و بعدها جاء الفقيه "بارتول bartole" ليكمل من جديد النقاش , و قد استند في رأييه على مقاطع للفقيه الروماني "ديجاست Digeste" , "أولبيان" و "سيليست" , و قد توصل هذا الفقيه إلى التفرقة بين العقود المسماة و العقود غير المسماة , فبالنسبة للعقود غير المسماة ينشأ عنها التزامات غير قابلة للتنفيذ العيني , و أما بالنسبة للعقود المسماة فإن الأمر يرتبط بطبيعة الالتزامات , و يؤكد بأن الالتزام بإعطاء شيء " obligation de dare " فإنها قابلة للتنفيذ العيني , أما الالتزام بعمل فتجب التفرقة بين ثلاث حالات و هي :

1 - بالنسبة للالتزام بمنح , فحسب الفقيه "بارتول" فإن الحكم يكون بالتعويض , باستثناء الالتزامات العينية التي تستمد مصدرها من القانون كالوصية ففي هذه الحالة يمكن إجبار المدين على التنفيذ بالقوة الجبرية .

2- بالنسبة للالتزام برد شيء « rem restitui » فإن الدائن يمكنه دائما أن يسترد الشيء المطلوب .

3 - بالنسبة لتسليم الشيء « rem tradi » فإنه يحق للمشتري إلزام البائع على تسليم الشيء , و أما بالنسبة للعقود الأخرى التي تتضمن تسليم شيء , فليس للدائن إلا أن يقبض مبلغ التعويض نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه .

إن تقسيم الفقيه "بارتول" للالتزامات لقى قبولا و نجاحا كبيرا , و قد تم قبوله و اعتماده إلى يومنا هذا إلا أن الجدال الفقهي لم ينتهي عند الفقيه "بارتول" بل تعداه إلى فقهاء آخرين فقد تبنى كل من الفقيه "هنري دينو H. Doneau" , الفقيه "كوجاس Cujas" موقفا فيما يخص التنفيذ العيني , حيث يتبنى موقفا موسعا , فيرى بأن الالتزام بعمل هو التزام عام كباقي الالتزامات , كما يرى أن الالتزام بإعطاء ليس التزاما و إنما هو آثر للعقد , و يضيف أن تسليم الشيء ليس ضروريا لانتقال الملكية إلى المشتري , و ينبني على كل ما تقدم حسب هذا الفقيه أن التنفيذ العيني للالتزامات غير ممكن وبالأخص التزام البائع بالتسليم و بالتالي لا يحق له إلا رفع دعوى الاستحقاق .

و أما الفقيه "كوجاس" فهو كذلك ينادي بالتنفيذ بمقابل بالنسبة للالتزام بعمل , إلا أنه يرى أنه يمكن الحكم بالتنفيذ العيني بالنسبة للالتزام بتسليم الشيء المباع , رغم أن هذا الفقيه يعتبر هذا الالتزام بالتسليم يعتبر التزاما بعمل (1).

---

(1) -voir Julien Coulet , op-cit , p 48 .

و لقد أشرنا أن النقاش كان حادا فيما يخص التنفيذ العيني للالتزامات , و قد استمر النقاش لمدة طويلة ففي القرن السادس عشر صاغ الفقيه أنطوان فافر Antoine Favre القاعدة الشهيرة في عالم القانون و التي تنص على :( لا يكره إنسان على فعل ما يريده , حيث يصعب التوصل إلى تحقيق ذلك دون إجراء قسر أو ضغط عليه , و لهذا السبب فالوفاء بقيمة ما كان يجب أداؤه يقوم مقام الالتزام بعمل ) حيث يرى أن تنفيذ الالتزام بإعطاء يتطلب دائما ترديد عبارات أو تسليم الشيء , بحيث أن هذه الالتزامات هي التزامات بعمل , و بالتالي لا يمكن إجبار المدين في مثل هذه الالتزامات بتنفيذ التزامه [1].

إن القاعدة التي نادى بها الفقيه فافر Favre تعبر بوضوح ما جرى القضاء في فرنسا على القضاء به حيث جاء في قرار صادر عن برلمان باريس – parlement de Paris ، حيث قرر القضاة بأن الوعد بالبيع يعد بيعا , و بالتالي فإنه يمكن تنفيذ الالتزام الذي تضمنه العقد بالقوة الجبرية [2].

و إن القاعدة التي جاء بها الفقيه "فافر" لم تسلم من الانتقادات و العيوب , و قد جاء الفقيه "أرنولد فينيوس" Arnold Vinnius ليحدد مفهوما للقاعدة السالفة الذكر , و قد ميز الفقيه "فينيوس" بين العمل الشخصي الذي يستحيل التوصل إليه بالتنفيذ المباشر , و بين العمل عير الشخصي و الذي يليق تنفيذه بالقوة الجبرية [3].

و قد جاء الفقيه "بوتييه" ليتبنى التقسيم التقليدي للالتزامات , و قد حاول هذا الفقيه حل مشكلة في مؤلفه الوسيط في عقد البيع , فقد جاء في وسيطه أن قاعدة لا يكره الإنسان على فعل ما لا يريد nemo praecise potest cogi ad factum لا تصادف تطبيقها إلا حينما تشمل الواقعة التي تعهد

---

(1) –voir A. Favre rationalia in pandectas , thèse de doctorat , Loyon, 1963 / p 48 et 49 .
« nemo praecise cogi potest ad factum" .

(2)– ينصرف معنى مصطلح برلمان إلى بعض جهات القضاء التي تفرعت عن المحاكم الملكية في عصر النهضة ، و يعتبر برلمان باريس الذي نشأ في القرن الرابع عشر برلمانا مركزيا ، و لذا نشأت إلى جانبه عدة برلمانات إقليمية في مقاطعات فرنسا المختلفة .

-et voir Julien Coulet, op-cit n p 49 ,
- et voir E . Meynial , de la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire, édition R , prat, France , 1985 , p 392.

(3) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 78.

-et voir Julien Coulet , op-cit, p49 .

بها المدين على التزام مرتبط بشخصه و يسوق لنا هذا الفقيه المثال التالي , كأن يلتزم نحوي شخص بنسخ دفاتري , من الواضح أنني لن أستطيع إرغامه قسر على الكتابة , فإذا رفض تنفيذ التزامه يصار بالضرورة إلى التعويض , و يضيف حينما يلتزم شخصا نحوي بتسليم شيء , فلا يمكن اعتبار تعهده مرتبطا بشخصه , و بالتالي يمكن استطاعتي إكراهه على التنفيذ بالاستيلاء منه على الشيء الذي كان ملزما بتسليمه (1).

و كخلاصة لموقف الفقيه "بوتييه" فإنه يتضح لنا أن هذا الأخير لم يستتبع التنفيذ العيني بشكل مطلق كما أنه لم يرفض القسر الذي يمارس على شخص المدين لإكراهه على التنفيذ , و ما يمكن قوله كذلك أن موقف هذا الفقيه قد كان له أثر كبير على صياغة القانون المدني لسنة 1804 , على اعتبار أن هذا الفقيه كان من الفقهاء الذين كلفوا بإعداد القانون المدني , و بالتالي فيظهر تأثير هذا الفقيه بصفة جلية في الفصل الثالث المتعلق بأثر الالتزام.

## الفرع الثاني

## التنفيذ العيني في تقنين نابليون

لقد جاءت الثورة الفرنسية لتغير معالم المجتمع الفرنسي خاصة و قد امتدت تأثيرها لتشمل العديد من الدول الأوروبية , و لعل المبادئ التي جاءت بها هذه الثورة قد أثرت على الوضع الاجتماعي والسياسي و القانوني , و بالتالي فإن الحرية الفردية التي جاءت بها الثورة الفرنسية أثرت على النصوص القانونية التي جاءت بعد هذه الثورة , و في هذا الجو العام كلف نابليون مجموعة من فقهاء القانون بإعداد مشروع القانون المدني , و من أبرز هؤلاء الفقهاء نجد الفقيه "بورتاليس" Portalis والفقيه " دوما " Dumas والفقيه "بواتييه Pothier " .

و كما أسلفنا ذكره في الفرع السابق – فإن تأثير الفقيه كان كبير في صياغة الفصل المتعلق بآثار الالتزام , و هذا ما يبدوا من خلال مشروع القانون في نص المادة 40 حيث نصت على : ( كل التزام بعمل أو امتناع , يترتب عليه في حالة الامتناع عن التنفيذ من طرف المدين التعويض ) , و جاء في

---

(1)-voir R .J. Pothier, traité du contrat de vente, traité du contrat de louage, traité des obligations, édition Dupin, tome 1 et 2 1829. p 392.

- et voir R.J.Pothier, traité du contrat de vente, op cit , p 30.

نص المادة 41 من نفس المشروع : ( إلا أنه في حالة ما إذا القيام بعمل على وجه مخالف لما تم الاتفاق عليه يمكن إتلاف هذا الشيء للدائن أن يطلب إتلاف هذا الشيء , ويمكن الإذن له بإتلاف الشيء على نفقة المدين , دون الإخلال بالتعويضات التي تترتب على ذلك ) .

و عليه يبدو من خلال هذين النصين أن مشروع القانون يتجه نحو تكريس القاعدة التي تقر بأنه لا يكره إنسان على فعل شيء لا يريد فعله , و إن كان معدو مشروع القانون لم يصرحوا بذلك علانية و لعل العوامل التي غلبت هذا الفكرة هي المبادئ التي جاءت بها الثورة الفرنسية من تمجيد الحرية الفردية , و إعلان حقوق الإنسان , بالإضافة إلى تأثير فكر الفقهاء الذين كانت لهم صلة بإعداد مشروع قانون نابليون – القانون المدني – و من هؤلاء كما سبق ذكره الفقيه "بوتييه" (1).

و قد وقف أحد المقررين بالهيئة التشريعية حين صياغة القانون ليعلن الموقف الرافض في فرنسا لمبدأ التنفيذ العيني بقوله : « أن الالتزام بعمل أو بامتناع يصار إلى تعويض في حالة عدم تنفيذه من قبل المدين , فالمدين يجب ألا يكره على عمل شيء أو على الامتناع عن عمل شيء ضد إرادته , لأن إجباره يمثل انتهاكا يستحيل أن ينهض أسلوبا لتنفيذ العقود »(2).

و من أنصار المذهب الرافض لمبدأ التنفيذ العيني , نجد الفقيه "لارومبير" larombiere في مؤلفه الالتزامات علما و عملا , ينص على :« و هكذا تقضي قاعدة " لا يكره أحد على فعل ما لا يريده" " nemo ptest praecise ad factum " أن يكون للمدين كامل الحرية في تقرير تنفيذ التزامه عينا أو عدم تنفيذه , فالمقدرة القانونية تتحطم إزاء الإرادة الإنسانية التي يستحيل قهرها بوسائل الإكراه المباشر وعلى هذا ليس للمحاكم من سبيل آخر سوى الحكم على المدين الملتزم بالتعويض » (3).

و قد درج القضاء في تلك الفترة على مسايرة النهج الرافض لمبدأ التنفيذ العيني , و يمكننا أن نذكر الحكم الصادر عن محكمة باريس الصادر بتاريخ 3 مارس 1855 , و كذلك الحكم الصادر في 04 جويلية 1865 , و الحكم الصادر بتاريخ 14 أفريل 1896 , ففي كل هذه الأحكام قضت بإلزام المدين بدفع تعويض نقدي نتيجة إخلاله بالتزامه التعاقدي (4).

---

(1) −voir Julien Coulet , op-cit , p 56 .

(2) -voir Favart , P.Fenet , recueil complet des travaux préparatoires du code civile , 1827, tome 13 p 322.

(3) - ibid. p 322.

(4) -Voir , Paris , 03 mars 1855 , note Sirey 1855 , 2, 410 , Paris , 4 juillet 1865 , note Sirey 1865 , 2 , 233 , Paris , 21 Avril 1896 , note Sirey 1897 , 2 , 9 .

إن رفض مبدأ التنفيذ العيني ليس قدرا محتوما في فرنسا , لدى ظهر فريق من الفقهاء و حتى من القضاء يرفض هذا النهج التقليدي لمبدأ التنفيذ العيني , و لعل تغير الظروف الاجتماعية و الاقتصادية جعل صوت هؤلاء يصبح مسموعا , فتصور هؤلاء أن الأصل في العقد أنه يتضمن قوة تحتم على طرفيه الرضوخ و الإذعان له في كل ما يحتويه , و بالتالي فإن الأمن التعاقدي يفرض صراحة مبدأ التنفيذ العيني (1).

و يضيف هؤلاء القول بأن المادة 1143 من المجموعة المدنية , ما هي إلا ترجمة خاطئة لقاعدة " لا يكره أحد على فعل ما لا يريده " (2).

و نجد الفقيه الفرنسي "جوسران" يؤكد هذا الموقف في مؤلفه دروس في القانون المدني الوضعي الفرنسي :« و ليس لهذه القاعدة , نطاق عام و مطلق في التطبيق , و هكذا يتوجب على المدين القيام بالتنفيذ العيني لكل التزام بعمل أو بامتناع ينشئه العقد , كما يمكن إجباره على هذا التنفيذ , إلا إذا تضمن ذلك انتهاكا حقيقيا لشخصه » (3).

و في الأخير نرى بأنه حتى القضاء تماشى مع هذا الفكر , و غير من مسلكه فأصدرت المحاكم الفرنسية العديد من الأحكام القضائية تعترف بالتنفيذ العيني , و منها الحكم الشهير الصادر عن محكمة باريس الابتدائية في 1973/11/08 أكدت فيه أن الالتزام القانوني لا يشكل سوى الرابطة القانونية التي يستطيع الدائن بمقتضاها أن يستخدم وسائل الإكراه التي وضعتها السلطة العامة تحت تصرفه لإجبار المدين على عمل شيء أو على الامتناع عنه) (4) .

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 87.

(2) – هذه القاعدة صاغها الفقيه أنطوان فابر فيما بين سنة 1557 – 1624 .

(3) –voir- Josserand (L) , cours de droit civil positif français ,2 édition , tome 11 , Paris 1993 , p 591

(4) -voir Paris ,08 novembre , 1973 , Dalloz 1975 , 401 , note PUECH .

## الفرع الثالث

## التنفيذ العيني في التشريع الجزائري و التشريع المصري

يبدوا أن الحديث عن التنفيذ العيني في فرنسا لا يقارن بما يمكن قوله عن الأخذ بهذا المبدأ في التشريع الجزائري , و لعل أن عمر القانون الجزائري إن صح هذا التعبير لا يقارن بالتشريع الفرنسي و المراحل التي خطاها هذا التشريع لتبلوره , أضف إلى هذا أن المصدر المادي للقانون المدني الجزائري هو التشريع الفرنسي و التشريع المصري , و بالتالي فلا مجال للحديث عن اختلاف كبير بين التشريع الجزائري , و التشريعين الفرنسي و المصري .

و لقد تضمن الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني أحكام تتعلق بالتنفيذ العيني للالتزام في الباب الثاني تحت عنوان آثار الالتزام , الفصل الأول تحت عنوان التنفيذ العيني , من المادة 164 إلى المادة 175 , أي خصص المشرع الجزائري 10 مواد للتنفيذ العيني , حيث نصت المادة 164 من هذا القانون على : ( يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا ) .

و قد يتراء أن المشرع الجزائري لم يعر اهتمام كبير لأحكام التنفيذ العيني في القانون المدني , وهذا حسب اعتقادنا قول يطابق نوعا ما الحقيقة , فلعل المشرع الجزائري قد تبنى الرأي الرافض لفكرة التنفيذ العيني , فباستقراء الفقرة الأخيرة من نص المادة 164 السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري و إن تبنى مبدأ التنفيذ العيني , إلا أنه يمكن القول أن للمدين أن يتهرب من التنفيذ العيني طالما أن المشرع ترك منفذا لذلك .

و بالتالي فإن العبارة التالية من المادة السالفة الذكر – متى كان ذلك ممكنا – تجعل من المدين يتحجج بعدم إمكانية تنفيذ الالتزام عينا و بالتالي يصار إلى التعويض , و بالتالي يجوز أن يستبدل بالتنفيذ العيني التعويض النقدي , لا بإرادة المدين وحده أو بإرادة الدائن وحده , و لكن باتفاقهما معا إذا بقي التنفيذ العيني ممكنا , أو بحكم القانون إذا أصبح التنفيذ مستحيلا بخطأ المدين , و في هاتين الحالتين لا يكون التعويض النقدي إلا بديلا عن التنفيذ العيني , فالالتزام هو لم يتغير , و إنما استبدل بمحله محل آخر باتفاق الطرفين أو بحكم القانون (1) .

---

(1) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 409 .
– و راجع د / أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 180 .

و بالمقارنة مع التشريع الفرنسي نجد أن هذا الأخير الذي أفرد ما يفوق العشرون نصا لأحكام آثار الالتزام أي من نص المادة 1134 إلى المادة 1155 من القانون المدني الفرنسي , و نجد أن التشريع الجزائري قد نقل بشكل يكون تام و متطابق أحكام التنفيذ العيني من التشريع المصري , فهذا الأخير قد نص على أحكام التنفيذ العيني بموجب المواد 203 إلى المادة 214 [1] .

و نشير في خصوص الحديث عن القانون المدني المصري , أن هذا الأخير قد شهد تحولا في الأخذ بفكرة التنفيذ العيني , في التقنين المدني المصري الأهلي الصادر في 28 أكتوبر 1883 , ومن قبله التقنين المدني المصري المختلط الصادر بتاريخ 28 جويلية 1875 , و قد نقلا هذين القانونين عن القانون المدني الفرنسي .

و بالتالي كان من الطبيعي أن لا يقر هذان القانونان بمبدأ التنفيذ العيني فقد جاء في نص المادة 117 من التقنين المدني الأهلي و المختلط ما يلي : ( إذا امتنع المدين هو وفاء ما هو ملزم به بالتمام فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد مع أخذ التعويضات , و بين أن يطلب التعويض عن الجزء الذي لم يقم المدين بوفائه فقط ) .

إن المنحى الذي اتخذه المشرع المصري في التقنين المدني الأهلي و المختلط كان محل انتقادات شديدة من طرف الفقه المصري , هذا ما دفع بالمشرع المصري إلى الانصياع إلى التيار الذي يطالب بالأخذ بمبدأ التنفيذ العيني , و قد تجسد هذا من خلال المجموعة المدنية الحالية و التي بدأ العمل به بتاريخ 15 أكتوبر 1949 , فقد نضمن القانون المدني المصري أحكام تتعلق بالتنفيذ العيني للالتزام حيث نصت المادة 203 على : ( يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 219 و 220 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا , متى كان ذلك ممكنا ) [2] .

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 104 و 105.

(2) – نجد أن العديد من التشريعات اقتبست أحكام التنفيذ العيني من القانون المدني المصري ، فعلى سبيل المثال نجد المشرع العراقي نص في المادة 246 من القانون المدني العراقي على : ( يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا ).

و نص المشرع الكويتي في نص المادة 286 : ( يجبر المدين بعد إعذاره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنا ) و كذلك فعل المشرع الأردني في نص المادة 1/355 من القانون المدني الأردني : ( يجبر المدين بعد إعذاره على تنفيذ ما التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا )

– راجع في هذا الشأن د / منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص 16 .

– و راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 108 .

و بهذا النص وضع المشرع المصري تصوره للمبدأ العام في التنفيذ العيني , الذي يتفق و غرض المتعاقدين من تعاقدهما , فالتنفيذ العيني هو الأصل في التنفيذ في القانون المدني المصري , و مؤدى هذه القاعدة العامة أن الدائن حينما يقوم بمطالبة مدينه قضاء بالتنفيذ العيني , أن يستجيب القضاء لطلبه و من ثم يستبعد ذلك الحل تلقائيا " ipso facto " التنفيذ بمقابل [1] .

## المبحث الثالث
## أساس و شروط التنفيذ العيني

إن مبدأ التنفيذ العيني لم يخلو أبدا من الجدال الفقهي , فمنذ البوادر الأولى لظهور المبدأ و هو محل جدال بين مؤيدين له و آخرين رافضين له , و لما كانت الغلبة للاعتراف بالتنفيذ العيني في العديد من التشريعات , فما كان للتيار الرافض إلا أن يفتح مجال آخر للنقاش و رفض حق الدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني , و لهذا ظهرت عدة نظريات بعضها يستند إلى طبيعة الالتزامات , بينما يستند الفريق الآخر على طبيعة الالتزامات من زاوية المدين .

و إن البحث عن حق الدائن في التنفيذ العيني , يعني البحث عن حق هذا الأخير في المطالبة بالتنفيذ بالقوة الجبرية بعد صدور الحكم , وفي هذا الشأن تجب التفرقة بين المطالبة التنفيذ العيني للحكم وبين حق الدائن بالمطالبة بالتنفيذ العيني , و بالتالي يجب تفادي الخلط بين الأمرين , فالقول بأن للدائن الحق بالتنفيذ العيني للالتزامات شيء , و بين تنفيذ الحكم تنفيذا عينيا جبريا شيء آخر .

و لم يتطرق التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804 لهذه المسألة بشكل صريح , و بالتالي فإن المسألة أثيرت لذا الفقه , فقد اهتم جانب من الفقه البحث عن مسألة مدى حق الدائن بتنفيذ حكم قضائي تنفيذا عينيا جبريا , إلى جانب الاعتراف بمبدأ التنفيذ العيني [2].

---

(1) – إذا طلب الدائن بالتعويض في أول الأمر ، فله بعد ذلك العدول عنه إلى طلب التنفيذ العيني ، بشرط حصول ذلك قبل صدور الحكم .

– راجع في هذا الشأن د / أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 181 .

(2) -voir julien coulet , op-cit , p 105 .

و لتأكيد هذا الأمر يجب البحث عن الأساس الذي يستند عليه هؤلاء الفقهاء لتقرير حق الدائن بتنفيذ الحكم القضائي تنفيذا جبريا , و بصدد الحديث عن هذه المسألة فقد أنقسم الفقه كعادته بين مؤيد لهذا الحق , و بين من ينكر إطلاقا هذا الحق.

و هذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال **المطلب الأول** , ذلك أنه لا يمكن للدائن أن يبادر إلى المطالبة بالتنفيذ العيني ما لم تتوافر هذه الشروط , و لعل التشريعات التي تبنت مبدأ التنفيذ العيني حرصت على تنظيم هذا الأمر , و منه سنحاول في **المطلب الثاني** التطرق إلى الشروط الموضوعية للتنفيذ العيني في وأما في **المطلب الثالث** سنخصصه للشروط الشكلية للتنفيذ العيني , و مما لا شك فيه أن التطرق لهذه المسائل سيكون وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري , و بطبيعة الحال القانون المدني الفرنسي , و القانون المدني المصري .

## المطلب الأول

## أساس المطالبة بالتنفيذ العيني

لقد أشرنا أن الفقه قد أنقسم في شأن الأساس الذي يستند إليه الدائن للمطالبة بتنفيذ حكما قضائيا تنفيذا عينيا جبريا , بين مؤيد لهذا الأمر و بين من يعارض هذا الأمر , و بالنسبة لهؤلاء فإنهم يستندون إلى نظام الالتزامات في حد ذاته لرفض هذه الفكرة .

و بالتالي فهناك النظرية الموضوعية و أنصارها يرفضون فكرة حق الدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني , على أساس أن نظام الالتزامات يمنع مثل هذا الإجراء , أي أن الجزء الأساسي للالتزامات يتعارض مع هذا الإجراء , و عليه يستند هؤلاء على الالتزام التخييري , بينما هناك رأي آخر يندرج تحت لواء هذه النظرية ، و لكن يستندون إلى نظام المسؤولية كحل نهائي نتيجة لعدم التنفيذ العيني .

كما أن هناك نظرية أخرى تتوافق مع تصور النظرية محل الذكر أي عدم قبول فكرة حق الدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني , و تستند هذه النظرية على فكرة حماية المدين في مواجهة الدائن , و تستند هذه النظرية على المعيار الاقتصادي إذ يرى أصحاب هذا الرأي أن عدم التنفيذ هو أفيد من الناحية الاقتصادية من التنفيذ الجبري (1).

---

(1)- Julien Coulet , op-cit , p 118 .

و من خلال هذا الجدال الفقهي سنحاول استعراض أهم الخطوط العريضة لهذه النظريات و البحث عن مدى تناسبها مع النصوص القانونية المتعلقة بآثار الالتزام , و كذلك عن مدى تأثير هذه النظريات على مسلك القضاء , و بالتالي سنخصص **الفرع الأول** للتطرق إلى أساس المطالبة بالتنفيذ العيني , و أما **الفرع الثاني** سنخصصه إلى الشروط الموضوعية للتنفيذ العيني , و نخصص الفرع الثالث للشروط الشكلية للتنفيذ العيني .

## الفرع الأول
## أساس المطالبة بالتنفيذ العيني

تشترك العديد من النظريـات في رفض حـق الدائن فـي المطالبة بتنفيذ الحكم القضائـي تنفيذا عينيا و جبريا , و لكن تختلف هذه في تبرير الأساس الذي تستند إليه , ومنه سنحاول استعراض أهم النظريات التي قيلت في هذا الشأن و نشير ابتداء أن سنحاول استعراض هذه النظريات بشكل سريع وموجز .

1 – **نظريـة الالتزام البدلي** : تستند هذه النظرية على طبيعة الالتزام , و حسب أنصار هذه النظرية فإن كل التزام بعمل أو امتناع عن عمل ينتهي إلى التعويض في حالة عدم التنفيذ , و بالتالي فإن للمدين إما أن يقوم بتنفيذ التزامه , أو أن يقوم بدفع التعويض حسب اختياره .

*– **نقد النظريـة** : إن التكييف بأن الالتزام بعمل بأنه التزام تخييري , لم يتم قبوله إلا مؤخرا فبالعكس فإن الفقه الكلاسيكي يدحض هذه النظرية , و بالتالي فإن هذه النظرية لا تستقيم إلا إذا تم إدراج الشرط الجزائي في العقد , إذ في هذه الحالة يكون الخيار للمدين في أن يلتزم بأداء العمل , أو بدفع التعويض و منه فإن التسليم بهذا الأمر حسب تصور هذه النظرية ناجم عن عدم فهم الالتزام التخييري , ففي هذه الحالة لا يمكننا القول بأن للمدين الخيار على اعتبار أنه إذا لم يقم بالوفاء بالتزامه فإنه يصار إلى التعويض [1].

2– **نظريـة عدم التنفيذ**: لقد أشرنا في مستهل هذا الباب عن أهم المدارس التي حاولت أن تعطي مفهوم للتنفيذ العيني , و قد تطرقنـا إلى موقف الفقيه "مازو " , و الـذي تبنى موقف شبه رافض للتنفيذ العيني

---

(1) -voir M -J. Gebler , les obligations alternatives , RTD Civ ,1969 , p 01.

حيث يقول هذا الأخير : " أن المسؤولية العقدية هي النتيجة لمخالفة التزام سابق , بينما المسؤولية التقصيرية هي في حد ذاتها التزام " , و يضيف قائلا :"إذا كان العقد مصدر للالتزام فإن عدم التنفيذ يعتبر مصدر للمسؤولية أي للالتزام " (1).

*- **نقد النظرية :** تبدو أن هذه النظرية ضعيفة لسبب أن أصحاب هذه النظرية لما يقنعوا أحد برأيهم كما أن هدفهم لم يكن التفرقة بين مجال المسؤولية المدنية و مجال التنفيذ , بل أن غرضهم هو تأكيد النظرية التقليدية التي تؤسس المسؤولية على أساس الخطأ , و منه فهم يحاولون إعادة بريق فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية .

و منه فإن القول بأن عدم تنفيذ المدين لالتزامه يترتب عليه نشؤ التزام جديد , و هو الالتزام بالتعويض ليس له أي أساس قانوني , كما أن هذه النظرية تنتقد من زاويتين , فالأولى تتعلق بنظام الإعذار , بحيث أنه يجب تنبيه المدين و إعذاره بأن يمتثل لما التزم به , و في حالة إذا ما لم يمتثل فإنه يصار إلى الحكم عليه بالتعويض , و أن هذا الأخير لا يكون بصفة تلقائية بل أن التعويض عن عدم التنفيذ لا يستحق إلا بعد إعذار المدين بالوفاء ، و هذا ما نصت عليه المادة 164 من القانون المدني الجزائري , و التي تقابلها المادة 1146 من القانون المدني الفرنسي و المادة 203 من القانون المدني المصري ) .

و تجدر الإشارة إلى أن الحكم الصادر عن غرفة العرائض الفرنسية الصادر بتاريخ 9 ماي 1881 ينفي زعم هذه النظرية , حيث جاء في حيثيات القرار ما يلي : ( إن الالتزام بعمل يصار إلى التعويض إذا لم يتم التنفيذ وفقا لمقتضيات المادة 1142 , و أن التعويض لا يستحق على أساس التزام جديد , بل على أساس الالتزام الأصلي , بحيث يصبح التعويض هو الجزاء المقرر قانونا .....) (2).

3 – **نظرية حماية المدين :** ينادي أصحاب هذه النظرية إلى حماية المدين وفقا لدواعي إنسانية وقد دافع عن هذا الرأي الأستاذ "ديكوك" Decocq في رسالته , حيث يرى هذا الأخير أن الحياة الإنسانية لها طابع مقدس , وهذا ما يستدعي احترامها من الناحية الجسدية و الناحية الروحية , و يقول الأستاذ "ديكوك" في هذا الشأن : ( إن المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي تمنع التنفيذ العيني على الإنسان (.....) , فالالتزامات التي تقع على جسد الإنسان أو النشاط الجسدي للإنسان , أو على شيء

(1) –voir H . Mazeaud , op-cit , p 23.
(2) -voir Julien Coulet , op-cit , p 118 .

له ارتباط بجسد الإنسان أو نشاطه الجسدي , و بالتالي فإن أي دعوى على ما تم ذكره لا يمكن أن تكون محل للتنفيذ العيني الجبري ...) [1].

و يضيف هذا الأستاذ قائلا : ( إن المدين بعمل له الحق مثل أي شخص , له الحق في أن تحترم إرادته , و يأتي هذا الحق في مواجهة حق الدائن بما له من حق دائنية , و في خضم هذا التنازع يجب أن نحدد ما هو الحق الأسمى , و بطبيعة الحال فإن الحق في احترام الكيان الذاتي للإنسان هو الذي يسمى ) [2].

*- **نقد النظرية** : إن هذه النظرية لا تجيب عن الإشكالية التي طرحنها في أول الأمر , و هي الأساس الذي يستند إليه الدائن في المطالبة بتنفيذ الحكم القضائي تنفيذا عينيا جبريا , فهي تبحث في الوسائل التي يستخدمها الدائن لتنفيذ التزامه , و لا تبحث عن المسائل المتعلقة بالتنفيذ العيني , وبالتالي فلو فرضنا أن هناك انتهاك لملكية خاصة , و أن المالك يطلب وقف الانتهاك و إزالته , و بالتالي فيرى البعض أن هذا يعتبر تنفيذا عينيا و بالتالي فالتساؤل **الذي يطرح هو أين هو الدائن و المدين في مثل هذه الحالة ؟**

إن حقيقة احترام الكيان الذاتي للإنسان أمر يقره القانون , و يسعى إلى تحقيقه إلا أن هناك حالات لا يقر القانون بها , فبالرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 91-650 الصادر بتاريخ 9 جويلية 1991 التي تنص على أنه يمكن إجبار المدين على الوفاء بالتزامه وفقا للشروط التي يقرها القانون , و بالتالي يمكن القول أن هذه المادة تتعارض تماما مع مضمون النظرية .

و فـــي الأخير يمكن القول أن كل النظريات التي تم ذكرها لم تستطع أن تقدم تبريرا مقنعا للتساؤل الذي طرحه الفقه و المتعلق بالأساس القانونـــي الذي يستند عليه الدائـن للمطالبة بتنفيذ الالتـزام تنفيذا عينيا هــذا ما جعل البعض يستند علـــى أســاسين , و همــا القوة الملزمة للعقد ( العقد شريعة المتعاقدين ) , و السند الثاني و لو أنه يوصف بالمثالية فيتمثل باحترام الكلمة [3].

و هذا ما سنحاول التطرق إليه في الفرع الثاني .

---

(1)- voir A . DECOCQ, essai d’une théorie générale des droits sur la personne, Lgdj , 1960 , p 2.
(2) - Ibid. , p 10.

(3) – لقد أشرنا في الفرع الثاني من المطلب الثاني ، المبحث الثاني عن موقف الشريعة الإسلامية ، و قد رأينا أن مفهوم الالتزام في الفقه الإسلامي له تصور خاص ، فالعقد قائم أساس الوفاء بالعهد ، و هذا ما نصت عليه الآية الكريمة من سورة المائدة : ( يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ) ، و قد جاء في آية أخرى من سورة النساء : ( و إذا قلتم فاعدلوا و لو كان ذا قربى ، و بعهد الله أوفوا ذلكم وصاكم به لعلكم تذكرون ) ، و أما في السنة النبوية فقد جاء عن رسول الله صلى الله عليه و سلم : ( من أخذ أموال الناس يريد أداءها ، أدى الله عنه ، و من أخذها يريد إتلافها ، أتلفه الله تعالى ) .

## الفرع الثاني
## أساس القوة الملزمة للعقد

تستند النظرية العامة للعقد على مجموعة من المبادئ القانونية , و لعل أهم هذه المبادئ القانونية مبدأ القوة الملزمة للعقد , فقد جاء في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري : ( العقد شريعة المتعاقدين , فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين , أو الأسباب التي يقررها القانون) ,وتقابلها المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي , و المادة 147 من القانون المدني المصري [(1)].

و في خضم عجز الفقه التقليدي عن إيجاد حل للسؤال الذي تم طرحه من قبل الفقه , ظهر اتجاه آخر له تصور خاص لهذه المسألة , و قد حاول هذا الفقه الإجابة عن ذلك التساؤل إلى الاستناد على القوة الملزمة للعقد , و نجد أن العديد من الفقهاء حاولوا أن يجدوا تفسيرا لحق الدائن في المطالبة بتنفيذ الحكم القضائي تنفيذا عينيا جبريا فيقول الفقيه "ديمولومب" في هذا الشأن :« أن المبدأ الأساسي في موضوعنا , هو أن الاتفاقات التي تبرم بشكل قانوني و صحيح تشكل قانون للمتعاقدين , و بالنتيجة فللدائن الحق في مطالبة مدينه بالتنفيذ الفعلي للالتزامات التي تعاقد عليها » [(2)].

و أمـا الفقيه "مولفيسيس " Molfessis" فيقـول : « إن التنفيذ العيني هو ترجمة للقوة الملزمة للعقد » و حسب هذا الفقيه فإن التنفيذ العيني هو تفعيل للقوة الملزمة للعقد ,كما نجد أن الأستاذ "غيستن" ghestin يذهب إلى تقرير نفس هذا الرأي , و يقول : « أن نص المادة 1134 يهدف إلى تأكيد الطابع الإلزامي للعقد و لكنه لا يوضح لماذا هو ملزم » , و لكن يجيب هو عن هذا الأمر و يقول أن العقد ملزم لأنه عادل و مفيد [(3)] .

*- **نقد النظريـة** : لا ينـازع أحـد في مبدأ القوة الملزمة للعقد , إلا أن هـذه النظرية تخلط بين تنفيذ العقد و تنفيذ الالتزام , كمـا أن تأكيد القـوة الملزمة للعقد لتحقيق الأمـــان القانوني لا يتحقق فقط بالتنفيذ

---

(1) - article 1134 code civil français : ( les convention légalement formées tiennent lieu de la loi a ceux qui les ont faites elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise , elles doivent être exécutées de Boone foi ) .

- و المادة 147 من القانون المدني المصري تنص على أن : ( العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين ) .

(3)- voir / C . Demolombe, cours de code de napoléon, traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, tome 24, 1863-1867, p 486.

-(4)voir / J.ghestin , l'utile et le juste dans les contrats , arch .phil , t 26 , 1981 , éd serey , p 37 .

العيني , إذ يمكن للتنفيذ بمقابل أو المسؤولية المدنية أن يقوما لهذا الدور , و منه لم يقدم هذا الرأي إجابة وافية للتساؤل الذي نحن بصدد الإجابة عنه .

## الفرع الثالث

## الوفاء بالعهد ( احترام الكلمة le respect de la parole)

لقد ظهر اتجاه آخر حاول أن يجد إجابة وافية للأساس الذي يستند إليه الدائن في المطالبة بتنفيذ الحكم تنفيذا عينيا جبريا , و يستند هؤلاء الفقهاء على فكرة تاريخية و دينية , بحيث أن اليمين الذي يصاحب الوعد كان يجب على صاحبه أن يوفي بوعده , و في حالة إذا لم يقم بذلك , فيكون قد خالف و عده مما يترتب عليه اعتزاله (1).

و تستمد هذه النظرية مصدرها من تعاليم الديانة المسيحية , و قد ركز العديد من الفقهاء على فكرة تقديس الكلمة أو بالأحرى الوفاء بالعهد , فيرى الفقيه "بيفندروف" "Pufendorf" :« من الواجب الأخلاقي للوفاء بالالتزام , استخلصنا الالتزام القانوني للوفاء بالالتزام , و كذلك منحنا الدائن الحق في التنفيذ في كل الحالات و الظروف » , لقد أعتنق العديد من الفقهاء هذه النظرية و من هؤلاء الفقهاء الفقيه "قورتيوس" "GRTIUS" و الفقيه "ريبر" "Ripert" , حيث يرى أن من آثار الوفاء بما تعهد به المدين ما يلي :« إن الدائن لا يحوز بعد على الشيء المعهود به ، لكنه في موقع قوة للحصول عليه فالشيء ليس من ضمن الأشياء التي تحت حيازته و التي له سلطة عليها , و لكنها في طريقها لحيازته والسيطرة عليها , و هذا ما ينتجه العقد »(2).

*- **نقد النظرية** : يتساءل البعض عن السر الكامن في تقديس الكلمة , فتبرير ذلك من الناحية الاقتصادية و تحقيق الأمان القانوني غير مقبول ، فهذا الأمر لا يمكن تصوره إلا من ناحية الدائن أما من ناحية المدين فالأمر يختلف فعدم التنفيذ يحقق لهذا الأخير فائدة اقتصادية أكثر , و هذا ما وضحته السيدة " فريسون روش" بأن لا حاجة للبحث عن الالتزام لأن المصلحة هي التي تحدد السلوك كما أن هذه النظرية تتعارض مع الفقه الفرنسي , و حتى القانون الفرنسي بوجه عام على اعتبار أن القانون الفرنسي لا يقر بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام , و بالتالي تصطدم هذه النظرية مع توجه الفقه والتشريع فيما يخص الاعتراف بالإرادة المنفردة كمصدر للعقد (3).

---

(1) – voir Julien Coulet , op-cit , p 137 .

(2) -voir M . De Pufendorf, droit de la nature et des gens, Amsterdam, 1712, tome 1 , livre 3, p 404.

(3) - voir M.A FRISON-ROCHE , volanté et obligation, obligation arch , droit n° 44, édition 2000, p148.

## المطلب الثاني

## الشروط الموضوعية للتنفيذ العيني

الأصل أن الالتزام المدني إذا نشأ صحيحا في ذمة الشخص بفعل مصدر من مصادر الالتزام فإنه يولد آثرا قانونيا , و لعل أول هذه الآثار هي تنفيذ الالتزام طبقا لما اشتمل عليه , وتنفيذ الالتزام من المدين لا بد أن يقوم به هذا الأخير طوعا و بمحض إرادته و اختياره , ضمن الشروط المتفق عليها وكذلك المدة المحددة لذلك , و هذا هو الفرض الطبيعي لتنفيذ الالتزامات , إلا أنه قد يحدث أن يمتنع المدين عن التنفيذ , أو أن يتأخر في تنفيذ التزامه , أو أنه ينفذه تنفيذا معيبا الأمر الذي يستدعي معه اللجوء إلى السلطة العامة التي لها سلطة القهر لإجبار المدين على تنفيذ عين ما التزم به إذا كان ذلك ممكنا , إلا إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن ففي هذه الحالة يصار إلى التعويض – كما سنراه لاحقا (1).

وعليه , فلطالما أن التنفيذ العيني ممكن فإن المدين يجبر على هذا التنفيذ لا يلجأ القاضي إلى التنفيذ بمقابل إلا إذا استحال التنفيذ العيني ، لأن هذا الأخير هو الذي يتفق مع حقيقة الالتزام , وهو الذي يتفق مع الهدف الأسمى للقانون الخاص بصفة عامة , ذلك أن التنفيذ بمقابل ليس إلا وسيلة احتياطية لا تعطي إلا إشباعا نسبيا للدائن , و لا يهدف في النهاية إلا إلى أن يعيد توازنا نسبيا لذمة الدائن .

إذن يمكن القول أن هناك أثر أصلي للحق أو الالتزام و هو الوفاء الاختياري من طرف المدني و أثر احتياطي و هو التنفيذ الجبري على المدين , و لكي يصل المدين إلى المطالبة بتنفيذ الالتزام المتفق عليه تنفيذا عينيا جبريا , لابد من توافر شروط موضوعية , و تتمثل هذه الشروط في , أن يكون التنفيذ العيني ممكنا , و في أن لا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين , و أما الشرط الثالث أن لا يكون في التنفيذ العيني مساس بحرية المدين الشخصية , و عليه سنحاول التطرق إلى هذه الشروط وفق الفروع التالية , حيث سنخصص لكل شرط فرع واحد , و بالتالي سنتطرق في **الفرع الأول** شرط أن يكون التنفيذ العيني ممكنا , أما **الفرع الثاني** فسنخصصه لشرط ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين , و أما **الفرع الثالث** فسنخصصه لشرط أن لا يمس التنفيذ العيني مساس بحرية المدين – و بطبيعة الحال ستكون الدراسة وفق التشريعات الثلاث محل الدراسة .

---

(1) – راجع د / منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص 11.
–و راجع د / نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 27
– و راجع أيضا د / عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 758 .
– و راجع أيضا د / رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 54 .

## الفرع الأول

## شرط امكانية التنفيذ العيني

للدائن أن يطلب التنفيذ العيني و يلتزم المدين بأدائه طالما كان التنفيذ العيني ممكنا , فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا سواء رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي أو كانت بخطأ المدين , و في هذه الحالة لم يبقى أمام الدائن سوى المطالبة بالتعويض إذا رجعت الاستحالة إلى خطأ المدين , أو ينقضي الالتزام بدون تعويض إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي مثل هلاك الشيء محل الالتزام , أو صيرورة العمل الذي التزم به المدين مستحيلا (1).

و إمكان التنفيذ العيني يرجع إذن إلى طبيعة الالتزام و مداه و الوسائل المادية اللازمة لتنفيذه ويعتبر التنفيذ العيني غير ممكن إذا كان يقتضي تدخل المدين , و يرفض هذا الأخير القيام بذلك فامتناع المغني عن الغناء يترتب عليه استحالة التنفيذ العيني , إذ لا يتصور أن يتم استخدام القوة لثنيه و منعه عن الغناء , و بالتالي لا مناص للدائن في هذه الحالة إلا طلب التعويض , كما يمكن أن تكون الاستحالة بسبب فوات ميعاد التنفيذ , كأن يتعاقد ممثل على التمثيل في الميعاد المحدد و لا يقوم به , أو كإدارة معرض التزمت بتقديم مكان لأحد العارضين و لم تقم بذلك أيام العرض , أما بالنسبة للاستحالة التي ترجع لسبب أجنبي كالقوة القاهرة و الحادث الفجائي و خطأ الدائن أو الغير , و لم تكن لإرادة المدين دخل فيها فإن الالتزام ينقضي , كما لو هلك محل الالتزام بفعل الحريق أو الأمطار (2).

و يراد بالاستحالة في التنفيذ العيني تلك التي بها الصعوبات التي تقابل المدين بعد تكون العقد فهي استحالة طارئة و غير متوقعة , و بالتالي إذا كانت هذه الاستحالة مطلقة فإنها بطبيعة الحال تبرأ ذمة المدين , على أن يبذل هذا الأخير قصارى جهده للوفاء بالتزامه .

و في الأخير فإن استحالة التنفيذ العيني أمر متصور في جميع أنواع الالتزام , ما عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود , إذ لا يمكن تصور استحالة تنفيذه حتى في حالة إعسار المدين , و لا يمكن تصور أن يلتجأ المدين إلى القضاء لطلب التعويض , فهذا يتجافى مع المنطق السليم .

---

(1) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 760 .
– و راجع د / نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 32 .
– و راجع أيضا د / رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 54 .

(2) – راجع د / منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص 21.

## الفرع الثاني

## شرط عدم إرهاق للمدين في التنفيذ العيني

قد لا يكون التنفيذ العيني مستحيلا , و لكن فيه إرهاق للمدين بحيث يترتب على إجباره ضرر فادح لا يتناسب مع يلحق الدائن جراء عدم التنفيذ , إذن في هذه الحالة يجب الموازنة بين عدم إرهاق المدين عن طريق إرغامه على التنفيذ العيني , و بين الإضرار إلحاق ضرر جسيم بالدائن , فهذا الأخير أولى بالرعاية و قد انعدم التعسف في جانبه , و بالتالي فعلى القاضي أن يقوم بإجراء الموازنة بين المصالح المتعارضة , فإذا أمكن تفادي إرهاق المدين و لو بضرر يسير للدائن جاز العدول عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل , أما إذا حدث العكس فيجب الرجوع إلى الأصل و هو وجوب التنفيذ العيني للالتزام و ينطوي الإرهاق على العنت الشديد , و لا يكفي إذن أن يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين (1).

و نجد أن المشرع الجزائري قد نص على هذا الأمر في نص المادة 785 من القانون المدني الجزائري بقولها : ( إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 784 يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة و إنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد و أجرة العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت عدا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها غير أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الأهمية , و كان تسديدها مرهقا لصاحب الأرض جاز له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل ) (2).

كما أن التشريع المصري قد تضمن أحكام في نفس هذا الاتجاه , حيث نصت المادة 1018 من القانون المدني المصري على : ( إذا فرضت قيود معينة تحد من حق المالك في البناء عليه كيف شاء كأن يمتنع من تجاوز حد معين من الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته , فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها هذه القيود , هذا ما لم يكن عناك اتفاق بغيره , و كل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عينا , و مع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك ) , و أما المشرع الفرنسي فقد تضمن نفس الحكم الذي نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 555 من القانون المدني الفرنسي .

---

(1) – راجع د / رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 55.
– د / محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 18 .
– و راجع أيضا د / عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 763 .
(2) – راجع المواد 786 – 788-790-791 من القانون المدني الجزائري .

## الفرع الثالث

## شرط عدم مساس التنفيذ بحرية المدين الشخصية

يعتبر هذا الشرط من أهم الشروط في اعتقادنا , و ذلك لما له من علاقة مباشرة بالتنفيذ العيني فإذا كان في طلب التنفيذ العيني مساس بحرية المدين فإنه حتما يصار إلى طلب التعويض فالتزام الفنان و الطبيب , و المحامي يتعلق بالرغبة , و الإبداع , و الحرية الشخصية [1].

و بالتالي لا يمكن إجبار هؤلاء على تنفيذ التزامهم تنفيذا جبريا , هذا فضلا على أن أداء الالتزام في مثل هذه الحالات جبرا على المدين يكون في أغلب الحالات غير مجد [2].

و نفس الشيء بالنسبة للامتناع عن عمل , فلو أن فنانا التزم نحو مسرح بعدم التمثيل خلال فترة معينة , ثم قام بالتمثيل إخلالا بالتزامه فإنه لا يمكن منعه عن طريق الشرطة , فيعد هذا الإجبار مساسا بحريته الشخصية , و بالتالي لا يجوز إجباره على ذلك على اعتبار أن التنفيذ في هذه الحالة يقتضي تدخل المدين شخصيا , و هذا الأخير يمتنع عن القيام بذلك و بالتالي فلن يتبقى للدائن في هذه الحالة إلا أن يلتجأ إلى الوسائل غير المباشرة لحث المدين على التنفيذ , و يكون ذلك باللجوء إلى الإكراه المالي عن طريق الغرامة التهديدية , فإن ارتدع المدين و قام بالتنفيذ فقد حلت مشكلة عدم التنفيذ , أما إذا تمادى المدين و تعنت في موقفه فلا مناص حينئذ إلا التعويض يحكم به القاضي مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن [3].

و في الأخير نشير أن هذا الشرط لم يتضمنه نص صريح في القانون المدني الجزائري , أو القانون المدني المصري أو الفرنسي , إلا أنه يستخلص من طبيعة المعاملات بين الأفراد و خضوعها لبعض القواعد الأساسية في المجتمع المدني , كما نشير أيضا أن هناك البعض من يضيف شروط أخرى , مثل اشتراط طلب المدين بالتنفيذ العيني , و آخرون يضيفون شرط أن يكون الالتزام مشروعا , و آخرون يشترطون أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي , و لعلنا نقول أن هذه الشروط هي شروط مفترض وجودها حتى يمكننا الوصول إلى التنفيذ العيني , فلا مجال للحديث عن مشكلة عدم التنفيذ إذا لم يطالب به الدائن , كما أننا لا نتصور أنه يمكن للدائن أن يلتجأ إلى القضاء للمطالبة بتنفيذ التزام غير مشروع .

---

(1) – راجع د / منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص 30 .

(2) – راجع د / رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 57 .

(3) – راجع د / نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 34.

– و راجع د / منذر أبو الفضل ، المرجع السابق ، ص 30.

– و راجع أيضا د / محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 19.

و في الأخير فإن تنفيذ الالتزام لا يقوم به الدائن بنفسه بل يجب عليه اللجوء إلى القضاء والحصول على سند تنفيذي , و منه فهذه الشروط أساسية و مفترضة .

## المطلب الثالث

## الشروط الشكلية للتنفيذ العيني

قد يتراخى الدائن عن المطالبة بتنفيذ الالتزام , ففي هذه الحالة يكون المدين في سعة من أمره سواء كان تنفيذ الالتزام محدد بفترة زمنية محددة أو لا , و لا يمكن معه في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإلزام المدين بالتنفيذ نتيجة إخلاله بالتزامه , و بالتالي إلزامه بالتنفيذ أو التعويض فإن الأمر لا يكون كذلك إلا إذا أظهر الدائن رغبته في حث المدين على التنفيذ , و يكون هذا الأمر عن طريق توجيه إعذار للمدين بالتنفيذ .

و لقد نصت المادة 164 من القانون المدني الجزائري على : ( يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا , متى كان ذلك ممكنا ) , و بالرجوع إلى نص المادة 179 من نفس القانون على : ( لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين , ما لم يوجد نص مخالف لذلك ) وتضيف المادة 180 من نفس القانون على : ( يكون إعذار المدين بإنذاره ، أو بما يقوم مقام الإنذار ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون , كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر ) وتضيف المادة 181 من نفس القانون على : ( لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية :

– إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين .

– إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل محضر .

– إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق , أو شيء تسلمه دون حق و هو عالم بذلك .

– إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه ) .

و تقابل هذه المواد في القانون المصري المادة 218 و المادة 219 و 220 من القانون المدني المصري [1].

---

(1) – تنص المادة 219 من القانون المدني المصري على : ( يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، و يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات ، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء آخر ) ، أما المادة 220 من نفس القانون فتنص على : ( لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية : (أ) – إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجدي بفعل المدين . (ب)– إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع . (ج) – إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق و هو عالم بذلك . (د) – إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه .

و نشير إلى أن المواد 219 و 220 متطابقة مع نص المادتين 180 و 181 من القانون المدني الجزائري , و أما بالنسبة للتشريع الفرنسي , فقد نص على إجراء الإعذار كسبب لاستحقاق التعويض في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه و هذا بموجب المادة 1146 من القانون المدني الفرنسي (1).

إذن تتفق التشريعات الثلاث على ضرورة إعذار المدين لتنفيذ التزامه في حالة تراخيه أو امتناعه عن ذلك , و الهدف من هذا الإجراء هو تبيان الإرادة الجدية للدائن في مطالبته ، و كذلك ما يستتبعه من تمادي المدين امتناعه عن التنفيذ .

و إعذار المدين واجب في التنفيذ العيني إذا كان المقصود أن يكون هذا التنفيذ قهريا بطريق الإجبار أما إذا كان التنفيذ العيني يتحقق بحكم القانون أو قام به المدين مختارا غير مجبر , فالظاهر أنه لا حاجة إلى الإعذار في هاتين الحالتين (2) .

**و مما سبق ذكره , يمكننا أن نطرح التساؤل التالي , ما المقصود بالإعذار ؟**

**إن الإعذار** هو تصرف قانوني من خلال إجراء شكلي يقوم به الدائن لدعوة مدينه للقيام بالوفاء بما عليه من دين له .

و تجدر الإشارة إلى أن في تعريف الإعذار هناك اختلاف بين الفقهاء , **فذهب فريق من الفقهاء** إلى أن الإعذار " هو تسجيل التأخير على المدين , و الغرض منه وضع المدين وضع المقصر في تنفيذ التزامه بإثبات تأخره في الوفاء به ".

**و ذهب فريق آخر** إلى تعريف الإعذار بأنه " الحالة التي يوجد فيها المدين الذي أنذره الدائن للوفاء بالتزاماته ", **بينما عرف فريق ثالث** الإعذار بأنه " أمر يوجهه الدائن إلى المدين لينفذ التزامه , يثبت به رسميا تأخر المدين في التنفيذ ".

**كما ذهب بعض الفقهاء إلى القول** بأن إعذار المدين " هو وضعه قانونا في حالة المتأخر عند تنفيذ التزاماته ".

و من خلال ما تقدم سنتطرق إلى الشروط الشكلية و الموضوعية للإعذار في **الفرع الأول** , ثم نتطرق إلى آثاره في **الفرع الثاني** , و في **الفرع الثالث** سنتطرق إلى الحالات التي لا تستدعي توجيه الإعذار (3).

---

(1) - l’article 1146 du code civil français stipule : ( les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation , exécuté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s’était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu’il a laisse passer , la mise en demeure peut résulter d’une lettre massive , s’il en ressort une interpellation suffisante ) .

(2) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 766 .

(3) – للمزيد من التفصيل راجع الموقع الإلكتروني التالي :www.hrdiscussion.com/hr2156.html.

# الفرع الأول
# الشروط الموضوعية و الشكلية للإعذار

إن الإعذار بوصفه عمل قانوني يفترض أن تتوفر شروط موضوعية أو شكلية , حتى يؤدي الغرض الذي وجد من أجله , و عليه يمكننا أن نلخص هذه الشروط فيما يلي :

## أولا : الشروط الموضوعية للإعذار

**الشرط الأول : شرط التأخير** : إن التأخير المراد به هنا هو التأخير الفعلي عن تنفيذ الالتزام , و يجب أن يكون التأخير بلا مبرر , و إلا كان الإعذار بلا معنى , كما يجب أن يكون التأخير بفعل المدين حتى يتوافر سببا موضوعيا للإعذار , فمتى كان التأخير راجعا لفعل الدائن أو لقوة قاهرة , فلا مجال في هذه الحالة توجيه الإعذار لأنه يكون بغير جدوى في مثل هذه الحالات (1).

**الشرط الثاني : أن يكون الحق مشروع و محمي قانونا** : يجب أن يكون حق الدائن حقا مشروعا يحميه القانون بواسطة الدعوى القضائية , فلا مجال لتوجيه الإعذار للمطالبة بدين لا يحميه القانون كدين سقط بالتقادم , أو دين نشأ عن طريق القمار أو أن يكون الحق مشوب بعيب البطلان , و في هذه الحالة يجب التفرقة بين البطلان المطلق و البطلان النسبي , ففي الحالة الأولى لا جدوى من توجيه الإعذار , أما في الحالة التي يكون فيها البطلان نسبيا فإن الإعذار يؤتى ثماره و يكون صحيحا , ما لم يتمسك المدين بقابلية الحق للإبطال (2).

**الشرط الثالث : أن يكون الحق معين المقدار و مستحق الأداء** : يجب أن يكون الدين المطالب به محدد و مستحق الأداء , فـإن لم يكن كذلك فلا يصح الإعذار , فإذا كان الحق معلق على شرط واقف و لم يتحقق هذا الشرط فإنه لا يحق للدائن توجيه الإعذار إلى مدينه حيث لم يحل أجل الوفاء بعد لعدم تحقق الشرط .

---

(1) - voir Joseph Paget , essai sur la mise en demeure et ses effets , édition Ernest thorine -1870 p 58.

- et voir Jules Victor , Ansbach , de l'adage dies interpellat prohomine , de la mise en demeure du débiteur dans les obligations a terme en droit romain , édition librairie polytechnique d'aug 1853, p 66 .

(2) – للمزيد من التفصيل راجع الموقع الإلكتروني : www.hrdiscussion.com/hr2156.html.

**ثانيا : الشروط الشكلية للإعذار**

يستمد الإعذار في القانون الجزائري أساسه من القانون المصري , و الذي يستمد أساسه أيضا من القانون الفرنسي , حيث أخذت الشكلية في الأساس من القانون الروماني , و الذي هو أساس نظرية الإعذار في الشرائع اللاتينية , و قد تضمنت المادة 180 من القانون المدني الجزائري ( تقابلها المادة 219 من القانون المدني المصري , و المادة من القانون المدني الفرنسي ) , على الشكلية المتبعة في توجيه الإعذار و تتمثل هذه الشكلية فيما يلي :

1- **الإنذار** : قد نص القانون المدني الجزائري على الإنذار في نص المادة 180 منه ، حيث بالإنذار يطلب الدائن من مدينه سرعة تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق هذا الأخير دونما تأخير الأمر الذي تنتفي معه مظنة التسامح في التأخير , ويتم الإنذار عن طريق ورقة من أوراق المحضرين (1).

و يتم التبليغ وفقا لأحكام المادة 406 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري , و كذلك وفقا لأحكام 12 من القانون رقم 06-03 المؤرخ في 21 محرم عام 1427الموافق لـ20 سبتمبر 2006 المتضمن مهنة المحضر القضائي (2) .

2 - **الاتفاق على اعتبار مجرد حلول الأجل إعذارا** : إن مجرد التأخير عن التنفيذ لا يعتبر إعذارا و بالتالي فالقاعدة العامة أن يعبر الدائن صراحة بالطريقة التي حددها القانون , عن عزمه على عدم تراخيه في عدم تنفيذ الالتزام من طرف المدين , إلا أن المادة 180 مدني جزائري , ( تقابلها المادة 219 مدني مصري , و المادة 1146 من القانون المدني الفرنسي ) , نصت على استثناء على هذه القاعدة إذ يجوز أن يتفق الدائن و المدين على اعتبار حلول الأجل إعذارا في حد ذاته .

3 - **تبليغ عن طريق البريد** : لقد تضمن المادة 180 من القانون المدني الجزائري , على طريق آخر للتبليغ و ذلك عن طريق البريد , و نفس الإجراء تضمنه القانون المصري في نص المادة 219 مدني مصري , و المادة 1146 مدني فرنسي .

---

(1) -voir Joseph Paget , essai sur la mise en demeure et ses effets , édition Ernest thorine ,1870 p62.

(2) – تنص المادة 12 من القانون المتضمن مهنة المحضر القضائي لسنة 2006 على : ( يتولى المحضر القضائي :

– تبليغ العقود و السندات و الإعلانات التي تنص عليها القوانين و التنظيمات ما لم يحدد القانون طريقة أخرى للتبليغ ....... ).

## الفرع الثاني
## الغاية من الإعذار

لقد ذهب فريق من الفقهاء في فرنسا إلى اعتبار الإعذار أساسا لاعتبار المدين مخطأ إذا تأخر في التنفيذ استنادا إلى أن وظيفة الإعذار هي اعتبار المدين متأخرا قانونا و انعقاد مسئوليته عن ذلك تأسيسا على أن الإعذار في حد ذاته هو تصرف قانوني بمقتضاه يدعو الدائن مدينه بإجراء شكلي للقيام بالوفاء بما عليه من دين له , و بالتالي جعله عند عدم الوفاء متأخرا قانونا عن الوفاء , هذا ما يعني أن وظيفة الإعذار لا تختلط بالخطأ الذي هو عنصر من عناصر المسئولية المدنية , بل هي إثبات تأخر أو تقصير المدين بالقيام بتنفيذ التزامه [1].

**و إن للإعذار غاية محددة قانونا , ويمكن حصر هذه الغاية في ثلاث أبعاد نذكرها حسب ما يلي :**

**1 – <u>إعلام المدين بمصلحة الدائن في التنفيذ الفوري للالتزام</u>** : إن سكوت الدائن عن مطالبته بالوفاء قد يعزي هذا إلى تسامحه عن التأخير , أو أنه قد ارتضى بأن يحدد مدينه وقت للتنفيذ بما يتلاءم وظروف هذا الأخير , و بالتالي فإن الأجل دائما يفسر لمصلحة المدين , و بالتالي فإن حلول الأجل لا يكون مدعاة لتسوية المركز القانوني للمدين , و منه ففي حالة حلول الأجل و عدم توجيه الدائن للإعذار قد يعتقد معه المدين أن تأخره في الوفاء بما عليه لا يحقق ضررا للدائن من جراء ذلك أو موافقة الأخير على الوفاء في تاريخ تالي لتاريخ الاستحقاق بمنحه أجلا ضمنيا , لذا فعلى هذا الأخير لكي ينفي هذا الاعتقاد أن يوجه إعذار يعلن فيه صراحة عن إرادته في قيام مدينه بتنفيذ التزامه والوفاء بما عليه حتى يقطع الدلالة على عدم رغبته في منح مدينه أية مهلة تكميلية , و بالتالي فإن التمادي في عدم التنفيذ ستترتب عليه الحكم عليه بالتعويض .

**2 – <u>منح المدين فرصة أخيرة للتنفيذ العيني</u>** : بالإضافة إلى غاية إعلام المدين بالوفاء الفوري للالتزام يهدف الإعذار كذلك إلى غاية أخرى و هي منح المدين فرصة أخيرة لتنفيذ التزامه , ففي حالة ما إذا جهل المدين بحسن نية تاريخ الوفاء , فتكون وظيفة الإعذار في هذا الفرض تعيين تاريخ الوفاء بعين ما التزم به المدين , و منحه فرصة أخرى للتنفيذ العيني .

**3 – <u>إحاطة المدين بشكل رسمي بعدم تنفيذ التزامه و استظهار مدى إمكان التنفيذ العيني</u>** : يهدف الإعذار إلى إحـاطة المديـن علما رسميـا , و تلعب هـذه الإحـاطة دورا جوهريا في تنفيذ الالتزام , فبدون

---

(1) – راجع الموقع الإلكتروني التالي : www.hrdiscussion.com/hr2156.html

هذا الإعذار تبقى مظنة تراخي الدائن و موافقته على تأخير تنفيذ الالتزام , و بهذا الإجراء ينتفي الاعتقاد بطريقة رسمية , و قد ينظر إلى الإعذار من وجهتين , فإما أن يكون الإعذار تشددا من الدائن و إما أن يكون رأفة منه , فمن وجهة كونه تشددا من الدائن فيكون ذلك في إفصاحه جليا عن المطالبة بحقه و عدم تهاونه في ذلك , و أنه يضع المدين موضع المخطئ نتيجة تأخيره في تنفيذ التزامه , و أما من جهة كونه رأفة بالمدين و ذلك بمنح المدين فرصة أخيرة لتنفيذ الالتزام , مما يحرك معه شعور المدين بما سيترتب عليه عدم المبادرة إلى تنفيذ الالتزام , علاوة على أن القانون أشترط الإعذار للقول بالتعويض حيث نصت على ذلك المادة 179 من القانون المدني الجزائري , و المادة 218 من القانون المدني المصري , والمادة 1146 من القانون المدني المصري , كما نجد أن القضاء لا يقبل دعوى التعويض من طرف الدائن إذا لم يقم بتوجيه الإعذار إلى المدين (1).

و ذهب فريق من الفقهاء في فرنسا إلى أن للإعذار دوراً هاماً في المجال الجنائي , حيث يسمح بتحديد دقيق لتاريخ ارتكاب الجريمة وذلك في العقود الواردة بالمادة 408 عقوبات فرنسي التي ترد على أشياء مثلية كوديعة أو اقتراض مبلغ نقديا , حيث لن يتحدد التبديد القائم على الغش إلا من يوم قيام الدائن بإعذار المدين برد ما لديه حيث يكون الإعذار بذلك وسيلة هامة في تحديد تاريخ ارتكاب جريمة التبديد في هذه الحالة , وكذلك بدء سريان مدة تقادم الجنحة من تاريخ هذا الإعذار (2).

## الفرع الثالث
## آثار الإعذار

يعتبر الإعذار عمل قانوني نص القانون المدني على ضرورة توجيه الإعذار متى توافرت الشروط المنصوص عليها سابقا , و متى تم تبليغه إلى المدين , فإنه يرتب آثار يمكن حصرها فيما يلي :

1 – **قيام مسؤولية المدين** : لقد حدد القانون شرطا لا يجوز بدونه لا يجوز التعويض , إذ يتأسس هذا التعويض على إفصاح الدائن عن رغبته في وضع المدين المتأخر موضع المعذر أي المتأخر قانونا عن

---

(1) – لقد قضت المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 206796 المؤرخ 2000.01.12 المنشور في المجلة القضائية سنة 2001 العدد 01 , ص 110 -111-112-113 ، حيث جاء في حيثيات القرار : ( من الثابت قانونا أن طلب التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين ، و لما تبين من القرار المطعون فيه أن الطاعن أثار دفعا بأن المطعون ضدها لم تقم بتوجيه إعذار مسبق له كما تشترطه المادة 180 من القانون المدني ، و بتجاهل قضاة الموضوع هذا الدفع و عدم مناقشته فإنهم أخطئوا ، مما ينبغي التصريح بنقض القرار المطعون فيه ) .

(2)– راجع الموقع الإلكتروني التالي : www.hrdiscussion.com/hr2156.html

الوفاء , فمنذ وقت الإعذار يكون المدين مسئولا نتيجة تأخره عن تنفيذ التزامه , و منه فإن المشرع لا يعتد بالتأخير الفعلي , و إنما يعتد بالتأخير القانوني , و الذي يتأكد بعد الإعذار , و منه يلتزم المدين بتعويض الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة التأخر في التنفيذ أو عدم التنفيذ أساسا , فتأخر المدين عن التنفيذ يعتبر في حد ذاته خطأ , حيث أن سرعة التنفيذ واجب قانوني يترتب على احترام بنود العقد وبذلك تتوافر أركان المسئولية مما يستوجب معه التعويض .

2 – **رجوع الدائن عن إعذاره** : قد يحدث أن يقوم الدائن بتوجيه إعذار على إعذار سابق مما يعني أن إرادة الدائن قد انصرفت إلى إعطاء المدين مهلة أخرى , و تكون العبرة في هذه الحالة بالإعذار الثاني ليس بالإعذار الأول , فمظنة تسامح الدائن في وقت وفاء المدين بما على عاتقه من التزام تثبت بالإعذار الثاني , على اعتبار أن الإعذار الثاني يعتبر مهلة تكميلية , و تكون هذه الأخيرة نفيا للإعذار الأول (1).

3 – **الوفاء الجزئي** : قد يقوم الدائن بتوجيه الإعذار إلى المدين لتأخره في التنفيذ , إعذارا صحيحاً يعتد به القانون ، يبادر على إثره المدين بالبدء فى تنفيذ ما عليه من التزام , إلا أنه قد يتوقف بعد هذا البدء عن تكملة تنفيذه لالتزامه , فى هذه الحالة لا يسرى التعويض منذ تاريخ الإعذار السابق على بدء التنفيذ و إنما يتعين على الدائن أن يقوم بتوجيه إعذار آخر إلى المدين بعد توقفه عن الوفاء حتى يستحق التعويض عن تأخره أو امتناعه عن المضي في الوفاء بالتزامه .

4 – **تبعة الهلاك** : يترتب على توجيه الإعذار قرينة قانونية مفادها أنه لو أسرع المدين مبادرا إلى رد أو تسليم الشيء إلى الدائن لما هلك الشيء تحت يده بأي حادث مفاجئ , فالمدين بعد إعذاره يعتبر مقصرا الأمر الذي يستوجب معه إلقاء تبعة الهلاك .

---

(1) – راجع الموقع الإلكتروني التالي: www.hrdiscussion.com/hr2156.html.

# الفصل الثاني

# الطرق المباشرة للتنفيذ العيني

تختلف الطرق و الوسائل التي يسلكها الدائن لإجبار مدينه على التنفيذ العيني للالتزامات , وتهدف هذه الطرق إلى الضغط على المدين لجبره على التنفيذ العيني للالتزامات , لهذا نجد أغلب القوانين الحديثة تحرص على تقديم من الوسائل الفنية و القانونية ما يضمن بحق فعالية احترام تنفيذ الالتزام دون المساس بشخص المدين , و ذلك لتحفظ التوازن في الحياة القانونية و الاقتصادية و لتحميها من الفوضى و الاضطراب [1].

و لأجل هذا عنيت التشريعات الحديثة على الحرص على تنفيذ الالتزامات بدقة و انتظام لما في ذلك من أهمية في جعل العقد الوسيلة الحضارية الراقية للتعامل بين الأفراد , و لما يحتويه هذا العقد من مفاهيم تقديس الالتزام و احترام الالتزام , و كذلك لتقوية فكرة الائتمان .

و على مر العصور كانت الحماية التنفيذية في المجتمعات القديمة متروكة لقوة صاحب الحق وقوة عشيرته فيستطيع عن طريق الثأر أن يقتضي حقه بيده , و يوفر لنفسه الحماية التنفيذية لحقه عند الاعتداء عليه [2].

و عليه أدى هذا الوضع إلى إثارة النزعات الفردية و خلق الفوضى و نشوب الحروب الطويلة والمستمرة بين الشعوب دفاعا عن حقوقهم , هذا ما أدى إلى تهديد الكيان الاجتماعي و الوجود الإنساني بالإضافة إلى أن هذا الأمر لم يكن ليضمن حماية الحق , و إنما حماية الأقوى و لا ضمانة كذلك في أن يحترم هذا القوي الحق و يلتزم بحدوده , و بهذا كان هذا النظام صورة غير أكيدة و غير منضبطة للحماية القانونية [3].

و ان صورة الحماية التنفيذية الحالية هي نتيجة لتطورات و تصورات مختلفة لحضارات متعاقبة ومختلفة انتهت في النهاية إلى وضع تصور مشترك يعنى بتنظيم صور الحماية التنفيذية , و من أهم هذه الصور أنه أصبح لا يسمح للفرد أن يقتضي حقه بنفسه , فأصبحت الحماية التنفيذية للحق حق أصيل تتولى السلطة العامة القيام به تحت إشراف القضاء و مراقبته , و بهذا أصبح للمدين أن ينفذ على أموال المدين بطريق الحجز باختلاف صوره و توافر شروطه , إذ يمكن للدائن أن يقوم بالحجز التحفظي على

(1) – راجع د / نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 27.

(2)– راجع / القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 05 .

(3) – المرجع نفسه ، ص 06 .

أموال المدين متى كانت هناك ظروف تهدد الضمان العام للدين , أي بمعنى أن هناك خطر يهدد الدائن بعدم أستفاء حقه , و قد سمح القانون للدائن حتى في حالة عدم وجود سند تنفيذي أن يقوم بهذا الحجز و ينصب هذا الحجز سواء على منقولات المدين أو على عقاراته , و ذلك للتصور الجديد أن المدين يسهل عليه أن يهرب أمواله سواء كانت عقارات أو منقولات , كما أتاح القانون للدائن أن يوقع حجز تنفيذيا على منقولات مدينه متى كان بيده سندا تنفيذيا , و في حالة عدم كفاية المنقولات يمكن أن ينتقل إلى طريق آخر من صور الحماية التنفيذية للحق , و هو الحجز على عقارات المدين , و عليه تعتبر هذه طرق من الطرق المباشرة للتنفيذ على المدين , و منه سنحاول أن نتطرق بإيجاز مختصر لهذه الطريقة بصدد حديثنا عن الطرق المباشرة للتنفيذ العيني على اعتبار أننا سنخصص الباب الثاني من هذه الدراسة للتطرق إلى التنفيذ بمقابل .

و أما من جهة أخرى فهناك طريقة أخرى للتنفيذ العيني , إذ يقع هذا الأخير بحكم القاضي إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام , و قد تضمن القانون المدني الجزائري النص صراحة على هذا الحكم في نص المادة 171 على : ( في الالتزام بعمل ، قد يكون حكم القاضي بمثابة سند التنفيذ , إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام , مع مراعاة المقتضيات القانونية و التنظيمية ) , كما نجد أن القانون المدني المصري نص على نفس هذا الحكم بموجب المادة 210 منه حيث نص على : ( في الالتزام يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ , إذا سمحت طبيعة الالتزام ) [1].

وبينما نجد أن المشرع الفرنسي لم يتضمن حكما يشابه الحكم الذي تبناه المشرع الجزائري والمشرع المصري , إلا أنه و في موضع آخر نجد أن المشرع الفرنسي قد أعتبر في نص المادة 1589 من القانون المدني الفرنسي الوعد بالبيع بمثابة عقد بيع متى امتنع المدين عن التنفيذ فيتدخل القاضي ليثبت التراضي و يقوم الحكم مقام الذي كان يجب إبرامه , إلا أننا نشير أن الفقه و القضاء قد تضارب في هذه المسألة و اختلفت الآراء و الاتجاهات في هذه المسألة [2].

---

(1)– نجد أن نص المادة 210 من القانون المدني المصري أكثر دقة من القانون المدني الجزائري من حيث الصياغة ، فإذا كان القانون المدني المصري ينص بصريح العبارة على أن حكم القاضي يقوم مقام التنفيذ,أي بمعنى أنه إذا لم يقم المدين بالتنفيذ العيني الالتزام , فإن الحكم الذي يصدره القاضي يقوم مقام الحكم , بينما نجد أن القانون المدني الجزائري يستعمل عبارة " قد يكون حكم القاضي بمثابة سند التنفيذ ' و نعيب على هذه الصياغة من ناحيتين ، أولهما أن المشرع استعمل الأسلوب الاحتمالي ، و هذا الأمر غير محبذ في مثل هذه الحالات فكان على المشرع الجزائري أن يكون حاسما و أن يقطع الشك باليقين ، و أما الانتقاد الثاني في الصياغة التالية "بمثابة سند التنفيذ و نحن نرى أن المشرع الجزائري لم يوفق تماما في وضع صياغة صحيحة و دقيقة ، فالعبارة توحي أن حكم القاضي قد يكون في حالات سند تنفيذيا و في حالات أخرى ليس سندا تنفيذيا ، و الحقيقة القانونية أن كل الأحكام القضائية هي سندات تنفيذية متى حازت قوة الشيء المقضي فيه ، و كل ما في الأمر أن هناك بعض الأحكام قابلة للتنفيذ وأخرى غير قابلة للتنفيذ و مهما يكن من أمر فإننا نرى أن نص المادة 171 من القانون المدني لم يكن صائبا في هذا الأمر .

(2) −dans le même sens voir Julien Coulet , op-cit , p 216-217-218-219 .

أما الطريقة المباشرة الأخرى لإجبار المدين على الوفاء فهي أن يتم التنفيذ على نفقة المدين وتتحقق هذه الطريقة متى كان دور المدين في التنفيذ العيني ليس حكرا عليه , أي بمعنى أن المدين ليس هو الشخص الوحيد الذي يستطيع تنفيذ الالتزامات [(1)].

و يذهب جانب من الفقه في إلى تبني فكرة "رخصة الإحلال la faculté de remplacement" و تتمحور هذه الفكرة حول تحقيق نوع من المواءمة بين مصلحة الدائن , مع عدم المساس بفكرة حرية المدين في الرفض , و قد تبنى المشرع الجزائري هذا الحكم في نص المادة 166 الفقرة الثانية من القانون المدني , حيث نصت على : ( فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه , جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي , كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض ) .

**أما المشرع المصري** فقد نص على هذا الحكم بموجب المادتين 209 و المادة 212 من القانون المدني المصري , حيث نصت المادة 209 على : ( في الالتزام بعمل , إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا ممكنا ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء ) , و أما المادة 212 من نفس القانون فنصت على : ( إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل و أخل بهذا الالتزام , جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام , و له أن يطلب من القضاء ترخيصا في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين ) , و أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد نص القانون المدني الفرنسي على هذا الحكم بموجب المادة 1143 و المادة 1144 منه [(2)].

و عليه سنحاول في هذا الفصل التطرق إلى الطرق المباشرة للتنفيذ على التزامات نقدية في **المبحث الأول** , و أما في **المبحث الثاني** سنتطرق إلى دراسة طرق التنفيذ على التزامات غير نقدية , و **المبحث الثالث** سنخصصه لضوابط تحديد سلوك المدين في التنفيذ العيني .

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 302 .

(2) -l’article 1143 du code civil français stipule : ( néanmoins , le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention a l’engagement soit détruit , et il peut se faire autoriser a le détruire aux dépens du débiteur , sans préjudice des dommages et intérêts s’il y a lieu ) .

- Article 1144 du code civil stipule : (le créancier peut aussi, en cas d’inexécution, être autorisé à faire lui-même l’obligation aux dépens du débiteur, celui-ci peut être condamné à faire l’avance des sommes nécessaires a cette exécution).

# المبحث الأول

## الإجراءات المباشرة للتنفيذ على مال المدين تحقيقا للتنفيذ العيني

يرتكز التنفيذ العيني على الأداء الذي يقوم به المدين إرضاء للدائن وفقا لما تم الاتفاق عليه إذ أساس التنفيذ العيني يتمثل في السمة الإرضائية للدائن , و لا شك في أن الالتزام بعمل ( و هو الذي يمثل الصورة الإيجابية لمحل الالتزام ) يقتضي من جانب المدين أيا كانت طبيعة التزامه سواء كان التزام ببذل عناية أو كان التزاما بتحقيق نتيجة , القيام بعمل إيجابي معين لصالح المدين , فإذا امتنع المدين عن القيام بهذا العمل المكلف بأدائه , فإن جبره عن طريق القضاء على التنفيذ العيني لالتزامه يملي علينا التفرقة بين عدة فروض نلخصها في الآتي :

1 – **<u>الفرض الأول</u>** : أن يكون التنفيذ العيني للالتزام ممكنا دون تدخل شخصي من جانب المدين في حالة ما إذا كان هذا الأخير مكلفا على سبيل المثال بإنجاز عمل معين بموجب العقد , و لم يشترط عليه الدائن تنفيذه شخصيا , و لم تكن طبيعة العمل كذلك تستوجب التدخل الشخصي من طرف المدين ثم تأخر أو امتنع المدين عن القيام بهذا العمل , ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يستصدر حكما من القاضي يطلب فيه ترخيصا له للقيام بهذا العمل بنفسه أو عن طريق شخص ثالث و ذلك على نفقة المدين , كما لو امتنع المقاول عن البناء المكلف به أو لم يتمه بعد أن شرع فيه , إذ يكون في مقدور صاحب البناء استصدار حكم قضائي يرخص له في البدء في هذا البناء أو إتمام ما نقص منه على حساب المقاول .

و مثال ذلك أيضا أن يمتنع المؤجر عن القيام بالإصلاحات الضرورية في العين المؤجرة , حتى يتسنى للمستأجر بعد أخذ موافقة من القضاء القيام بها بنفسه أو عن طريق تكليف شخص أخر للقيام بذلك على نفقة المؤجر , بل إن من حق الدائن إذا كان العمل المطلوب من المدين تنفيذه عينيا عملا عاجلا لا يحتمل أي إبطاء أو تأخير في إجرائه , كما لو سقط جدار في شقة مؤجرة أو تشقق حائط أساسي من حيطانها , أن يقوم بنفسه أو عن طريق عيره بمثل هذا العمل فيبني الجدار أو يرمم التشقق أو التصدع على نفقة المؤجر دون الحاجة إلى استئذان القضاء في ذلك , ما دام قد سبق له أن أنذر المدين للقيام بالعمل , و لكنه رفض القيام بذلك أو أبطئ في إجرائه .

2 – **الفرض الثاني** : أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن بدون تدخل المدين شخصيا , و إن كان من الجائز للمدين كقاعدة عامة أن ينفذ العمل المكلف به بنفسه أو بواسطة شخص أخر يتولى القيام بذلك إلا أنه من المتصور أن يكون التنفيذ العيني لالتزام المدين غير جائز إلا إذا تخل المدين شخصيا لإجرائه سواء أكان ذلك راجعا إلى وجود اتفاق بين الدائن و المدين بالتدخل الشخصي لإجراء التنفيذ العيني لالتزامه أم كان راجعا إلى طبيعة الالتزام ذاته .

و مثال ذلك كما لو اتفق مريض مع جراح مشهور لإجراء عملية جراحية دقيقة له لثقته فيه واطمئنانه لخبرته الطويلة , إذ يتعين على الطبيب القيام بنفسه بإجراء هذه العملية , و ليس أن يجريها عن طريق غيره , حتى و لو لم يتفقا على ذلك صراحة في العقد , و ذلك لأن الطبيعى الخاصة لهذا الالتزام تقوم على الثقة المتبادلة بين الطبيب والمريض تملي على الطبيب القيام بنفسه بإجراء العملية فإذا امتنع المدين عن القيام بنفسه بالعمل المطلوب الذي يستوجب تدخله الشخصي لإجرائه , فلا يتصور جبره و حمله على فعل ذلك رغما عنه و ذلك لما ينطوي على هذا القهر من مساس بحريته الشخصية و لا يكون أمام الدائن في هذه الحالة إلا أن يختار ولوج أحد سبيلين , احدهما بات و حاسم و هو أن يطلب التنفيذ العيني بطريق التعويض مستعيضا به عن التنفيذ العيني , أو أن يلجأ إلى الخيار الثاني و هو عارض و غير حاسم و يتمثل في طلب الحكم على المدين الممتنع بغرامة تهديدية لحثه على التدخل الشخصي لتنفيذ التزامه عينا , كما لو امتنع الفنان عن الغناء أو الصعود على خشبة المسرح , أو أن يمتنع المعلم على إلقاء الدروس المكلف بإلقائها , فيحكم القاضي في هذه الحالات بغرامة مالية عن كل وحدة زمنية يصر خلالها المدين عن عدم التنفيذ , إلى أن يتراجع عن تعنته ويعمد إلى تنفيذ التزامه عينا أو أن يبقى متعنتا و في هذه الحالة يصبح التنفيذ مستحيلا , فلا يجد القاضي بدا من الحكم بالتنفيذ بطريق التعويض (1).

3 – **الفرض الثالث** : إذا كانت طبيعة الالتزام تسمح بقيام حكم القاضي مقام التنفيذ العيني إذ تسمح طبيعة الالتزام بأن يقوم حكم القاضي مقام العمل المطلوب تنفيذه من طرف المدين ، و مثال ذلك أنه إذا امتنع البائع عن التصديق على إمضاء عقد البيع أمام الشخص المختص قانونا بالتصديق , فإن حكم القاضي في دعوى إثبات صحة التوقيع يقوم مقام التصديق على هذا الإمضاء .

و كذلك الحال إذا ثار النزاع حول صحة عقد البيع , فإن حكم القاضي في دعوى صحة التعاقد أو ما يسمى أيضا بدعوى صحة و نفاذ عقد البيع يقوم مقام العقد الصحيح المصدق فيه على الإمضاء .

---

(1) – راجع في هذا الشأن المواد 164 من القانون المدني الجزائري و المادة 203 من القانون المدني المصري ، و المادة 1100 من القانون المدني الفرنسي .

و يمكن تسجيله فيقوم تسجيل الحكم مقام تسجيل العقد و تنقل به الملكية , و من أمثلة ذلك ما نص عليه القانون في خصوص الوعد بالتعاقد من أنه إذا وعد شخص غيره بإبرام عقد و اتفقا على كل المسائل الجوهرية , ثم نكل عن ذلك الوعد , فإن من حق الموعود له أن يلجأ إلى القضاء طالبا التنفيذ العيني الجبري للعقد الموعود به , و عندئذ يحق للقاضي بعد التثبت من توافر كافة الشروط اللازمة لصحة الوعد بالعقد , أن يصدر حكما يقوم مقام العقد الموعود به متى حاز هذا الحكم على قوة الشيء المقضي به .

و من خلال الفروض الثلاث السابقة الذكر يمكننا القول أن الإجراءات المباشرة للتنفيذ على المال تحقيقا للتنفيذ العيني للالتزام تتخذ إما صورة التعويض العيني أو بما يسمى التنفيذ عن طريق التعويض و نكون أمام هذا الوضع في حالة ما إذا كان التنفيذ العيني مبني على الاعتبار الشخصي , و في حالة إصرار المدين على عدم التنفيذ , و بالتالي لا مناص من اللجوء إلى التنفيذ عن طريق التعويض , و أما الفرض الآخر و هو أن لا يكون للاعتبار الشخصي دخل في التنفيذ العيني فهنا يمكن اللجوء إلى طريقة أخرى و هي التنفيذ على نفقة المدين , إذ يتولى الدائن التنفيذ العيني بنفسه أو بواسطة شخص أخر على أن يتحمل تكاليف هذا التنفيذ المدين , و أما الفرضية الأخيرة و هي أن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ في حالات معينة .

و انطلاقا من هذه الفروض الثلاث التي سنتولى التطرق إليها , إذ سنخصص **المطلب الأول** من هذا المبحث إلى دراسة التنفيذ العيني عن طريق التعويض و سنفرد له ثلاث فروع , و أما **المطلب الثاني** فسنتطرق إلى الفرض الذي يكون فيه حكم القاضي يقوم مقام التنفيذ , و في **المطلب الثالث** سنتطرق إلى التنفيذ على نفقة المدين , و سنفرد لكل مطلب ثلاث فروع نوضح فيها بشيء من التفصيل .

## المطلب الأول
## التنفيذ العيني بطريق التعويض العيني

إن موضوعات المسؤولية المدنية متعددة و متنوعة , و مهما حظيت بالاهتمام لتلمس تطورها فتبقى دائما في حاجة إلى الدراسة سواء ما تعلق بأركانها من خطأ و ضرر و علاقة سببية بينهما أو بأثرها , و يظل موضوع التعويض بحاجة للدراسة لما له من أهمية عملية فهو الهدف الأساسي للمسؤولية المدنية و ما ينبغي للمتضرر الوصول إليه .

و التعويض يثير بدوره العديد من المسائل و الموضوعات الهامة , تأتي في مقدمتها طرق التعويض و خاصة التعويض العيني , و لا تقتصر دراسة التعويض العيني حول الجدل الفقهي , بل أن المشرع في غالبية الأنظمة القانونية جعله في صياغة الإطار العام لأحكام التعويض محل غموض فظل هذا النوع من التعويض حبيس الصياغة العامة , و ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي يتحكم فيها دون أن تحدد بالتفصيل العناصر المختلفة التي يتعين على القاضي مراعاتها .

و عليه يعرف التعويض العيني – la réparation en nature – بأنه الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسئول الخطأ الذي ادى إلى وقوع الضرر , و التعويض العيني بهذا المعنى يعد أفضل من التعويض النقدي , ذلك أنه يؤدي إلى محو الضرر و إزالته بدلا من بقاء على حاله و إعطاء المتضرر مبلغا من المال عوضا عنه كما هو الحال في التعويض النقدي , و بعبارة أخرى فهو يحقق للمتضرر ترضية من جنس ما أصابه من ضرر , و ذلك بطريقة مباشرة أي من غير الحكم له بمبلغ من النقود بهدف إزالة الضرر عينا أي إزالة المخالفة .

و فكرة التعويض العيني كوسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري لم تكن محل إجماع بين الفقهاء و قد انقسم هؤلاء إلى فريق يؤيد فكرة التعويض العيني , بينما الفريق الأخر يرفض الفكرة عليه سنحاول استعراض كل رأي بدءا باستعراض الرأي الرافض للفكرة .

1 – **الإتجاه الرافض لفكرة التعويض العيني** : و ينقسم هذا الاتجاه بدوره إلى فريق يرفض الفكرة في مضمونها بينما هناك من يرفض المصطلح بحد ذاته و بالتالي سنستعرض كل رأي على حدى .

أ – **الاتجاه الرافض للمصطلح** : لا يـرى الفقيه سافتييه –Savatier – أن إزالة المخالفة تعويض عيني و إنما إصلاح للشيء التالف , لأن القاضي لا يعوض و إنما يحكم بإزالة المخالفة مثل توقف المنافسة غير المشروعة , أو توقف الاستعمال غير القانون لأسماء الآخرين و ألقابهم [1].

---

(1) – راجع الموقع الإلكتروني التالي : www.minshawi.com

و يرى الفقيه "سافتييه"Savatier أن القضاء الفرنسي لم يأخذ بالفكرة المصطنعة للتعويض العيني إذ يكون الحكم بإزالة المخالفة سوى فعل المسؤولية و أن القرارات في جزاء المنافسة غير المشروعة تكون مزودة بإثبات .

و أما الفقه روبييه – Roubier – فيرى أنه إذا كان الغرض من الحكم هو إنهاء حالة التصرف غير المشروع فلسنا بصدد المسؤولية , بمعنى أخر أن ذلك ليس تعويضا عينيا (1).

و هناك رأي آخر يذهب في نفس هذا الاتجاه , و يتبلور هذا في رأي الأستاذان ربير و بولانجيه – Ripert et Boulanger – إذ يذهب هذان الكاتبان إلى أن التعويض هو الحكم بمبلغ من النقود , أما سوى هذا الطراز من التعويض فيمثل الحكم باحترام الحق , ففعل الاعتداء على الحق إما أن يمسه بأذى بمعنى الضرر و إما ان يخالفه و معالجة الضرر تعويض , أما حماية الحق فهو إجراء لحماية هذا الحق و عليه لا يكون طلب المدعي للحكم بالتدابير لحماية حقه الشخصي المنتهك تعويضا عينيا مثل الإبطال لعمل احتيالي أو التدابير المانعة للارتباك فيما يخص المنافسة غير المشروعة (2).

ب – **<u>الإتجاه الرافض لمضمون الفكرة</u>** : يأتي في مقدمة هذا الإتجاه رأي الأستاذة لوسيان ريبير – Lucienne Ripert – إذ ترى أن بأن النظر بدقة في تعريف التعويض العيني يفيد أن محوره التعويض لذا من الخطأ الاعتقاد بوجود التعويض العيني المتمثل في محو الضرر عندما يتم إعادة الحالة إلى ما كانت عليه , و أن الوسيلة الوحيدة لتعويض المتضرر هي الحكم له بمبلغ نقدي , و كل ما يمكن الحكم به فضلا عن التعويض النقدي هي الحيلولة من دون وقوع الضرر و ليس بمحوه غير أن الإجراءات اللازمة للحيلولة من دون وقوع الضرر لا يمكن اعتبارها تعويضا عينيا , لأن التعويض يفترض وقوع الضرر في حين أن الضرر هنا غير محقق و إنما محتمل (3).

و تضيف الأستاذة "لوسيان" قائلة : " إن القضية بأكملها هي التعرف على الضرر الحال , ما عدا حالة حدوث الضرر فجأة عن طريق حادث , و في هذا الصدد فإن الضرر الحال يبدأ بالظهور أي أن الضرر يتحقق تدريجيا بسلسلة متزايدة , فعلى سبيل المثال إذا كان جاري يملك بيتا قديما في حالة غير جيدة , إذا يوجد مصدر سابق للضرر , و لكن لا يمكن أن نتوقف على هـذه الحالة من قدم البيت لإثبات مسؤولية الجار , و عليه أنـا – كما تقول لوسيان – لا أستطيع الإدعـاء أن بيت جـاري يمكن أن ينهار في يوم مـا , و لكن مند اللحظة التي تنتج التصدعات و التشققـات فـي هذا البنـاء و الذي يبدأ

---

(1) – voir Roubier , distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale , Rev Trim 1952 , p 167 .
(2) – voir Ripert et boulanger, traité élémentaire de droit civil de Planiol, T2 , 4 eme édition , 1952 , n° 1146 .
(3) – voir Lucienne Ripert, la réparation de préjudice dans la responsabilité délictuelle, thèse de doctorat , Paris 1933 , p 38 .

بالانهيار بصورة جدية , عندها سأعاني من ضرر مؤكد و حال , و عليه فأنا لا أستطيع بيع أو تأجير بيتي ضمن ظروف غير ملائمة جدا " [1].

و ذهب رأي أخر إلى القول باستحالة التنفيذ العيني لأنه لا يمكن محو الضرر المفاجئ , كما أن أخذ كلمة "محو" حرفيا من تعريف التعويض العيني فهذا يعني أن التعويض النقدي لا يمحو الضرر لذلك لا يمكن إعادة المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر , و عليه يحكم بالتعويض النقدي عن الضرر المحقق .

و أما رأي ثالث فذهب إلى القول أن مبلغا كافيا من النقود يمكنه تجنب حدوث الضرر , أما التدابير المخصصة لمنع استمرار الضرر في المستقبل فلا تعد وسيلة لإصلاح الضرر على افتراض أن الماضي لا ينمحي , و في حالة غياب النص فإننا نلحق هذه التدابير بالمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي لذلك لا يمكن إزالة الضرر و إنما يصار إلى الحكم بمبلغ من النقود للتعويض عن الضرر المتحقق [2] .

2 – **<u>الإتجاه المؤيد لفكرة التعويض العيني</u>** : إذا كان جانب من الفقه الفرنسي يعارض فكرة التعويض العيني كوسيلة مبـاشرة للتنفيذ العيني الجبري , فإنه بالمقـابل هناك فريق أخر يؤيد فكرة التعويض العيني و من أبرز هؤلاء الفقيه الفرنسي "إسمان" – P.Esmein – إذ يستند إلى نص المادة 1142 مدني فرنسي , و يستنتج أن المشرع الفرنسي لم يستبعد إلا الإكراه الشخصي كونه يتنافى مع العرف والقاعدة الخلقية , وهو بهذا لم يستبعد أي اسلوب أخر للتعويض , إذ ليس ثمة ما يدعو إلى رفض فكرة التعويض العيني كلما كان هذا التعويض أقرب إلى تحقيق العدالة من التعويض النقدي , و يستند هذا الفقيه على القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية في مجال المسؤولية العقدية بالحكم بالتعويض العيني في كل مرة يكون فيها هذا التعويض متفقا مع مقتضيات العدالة , و نسوق في هذا المجال القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في هذا الاتجاه إذ قضت :" يجب أن ينقض القرار الذي حكم على إحدى شركات النقل بالقطار , دون أن تأخذ محكمة الموضوع بنظر الاعتبار إلى ما عرضته الشركة من نوع التعويض بأن تعمل بنفسها على تعويض الأضرار بإصلاح الأثاث المتضررة من خلال عملية النقل " .

و يدلل على هذا الاتجاه الأستاذ " ايكوني" على هذا الاتجاه بما صدر عن القضاء الفرنسي من قرارا ت منها على سبيل المثال حكم المحكمة التجارية "لروان" – Rouen – و الذي يقضي :" بأنه لا يستنتج من نص المادة 1142 مدني فرنسي بأنها استبعدت الأشكال الأخرى للتعويض " .

---

(1) – voir Lucienne Ripert , op-cit , p 39 .

(2) – للتفصيل أكثر في عرض هذه النظريات و نظريات أخرى في نفس هذه النقاط و الانتقادات الموجهة إليها ، راجع الموقع الإلكتروني التالي : www.minshawi.com

و حكم محكمة ريوم – Riem – و الذي قضى : " بأنه مع أن الحكم بالتعويض النقدي الأكثر شيوعا إلا أن نصوص المواد – 1382 – 1142 مدني فرنسي و المواد التي تليها من القانون نفسه لا تستبعد أو تناقض الحكم بالتعويض مع أشكال أخرى غير النقود " (1).

و هناك رأي أخر يذهب إلى التوسع بالأخذ بفكرة التعويض العيني إلى حد يجعله يفقد القيمة الخالصة بالكامل , إذ يرى أصحاب هذا الرأي أن التعويض إما عينيا أو بمقابل , إذ أن الأول "لمحو" إزالة الضرر في حين الثاني يسعى إلى تعويضه بتقديم مقابل , و ضمن هذا المعنى فإن التعويض العيني يشمل الحكم الذي يلزم المسئول بتنفيذ الالتزام الذي امتنع عن تنفيذه , أو أخل بتنفيذه سواء بالامتناع عن عمل أو ازالة أثار ما قام به خلافا لالتزامه , أم بأخذ التدابير اللازمة لمنع وقوع الضرر كما لا يمكن الاعتراض بعدم كون هذا الحكم تعويضا عينيا إذ يحكم القاضي بالأداء عينيا على فعل مبني على خطأ المدين , و أن كل حكم بالأداء يرضي المتضرر يعد تعويضا عينيا , و إن كانت المادة عبارة عن مبلغ من النقود , مثل الحكم بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين عند امتناعه عن التنفيذ إذا لم تكن لشخصيته محل اعتبار , فالحكم بدفع النفقات يعتبر تعويضا عينيا , أما إذا كانت الأشياء غير قابلة للإصلاح مثل الضرر الجسدي و الاعتداء على الشرف فإنه يستحيل الحكم بالتعويض العيني (2).

و في خضم هذه الاتجاهات فإن الذي يعنينا هو موقف المشرع الجزائري من كل هذا وعليه فإننا نرى أن المشرع الجزائري قد تبنى الاتجاه المؤيد للتعويض العيني , و ذلك ما نلمسه من خلال الفصل الثاني (التنفيذ بطريق التعويض) من الباب الثاني ( آثار الالتزام ) , إذ نصت المادة 176 مدني جزائري على : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه , ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه , و يكون الحكم كذلك كلما تأخر المدين في تنفيذ التزامه" , و تقابلها المادة 215 مدني مصري بنصها على : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه ، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه".

و عليه , و من خلال ما سبق ذكره سنحاول التطرق إلى مجالات التنفيذ بطريق التعويض في الفرع الأول , أما الفرع الثاني فسنخصصه لوسائل التنفيذ العيني , أما الفرع الثالث فسنتطرق فيه إلى كيفية تقدير التعويض .

---

(1) – للتفصيل أكثر في عرض هذا الاتجاه راجع الموقع الإلكتروني التالي : www.minshawi.com

(2) – voir Mazeaud ( H.L ) , op-cit , p 2303 .

# الفرع الأول

# مجالات التنفيذ بطريق التعويض

إذا كان التعويض العيني هي الطريقة المثلى لجبر الضرر , و بالتالي فإن التساؤل الذي يطرح في مجال التنفيذ العيني بطريق التعويض هل يمتد ليشمل المسؤولية التقصيرية أم يقتصر فقط على المسؤولية العقدية , و لعل الإجابة على هذا تقتضي منا البحث عن نطاق تطبيق التعويض العيني في كل من المسؤولية العقدية و كذلك المسؤولية التقصيرية .

**1 – <u>نطاق التعويض العيني في مجال المسؤولية العقدية</u> :** تعتبر المسؤولية العقدية الجزاء الذي يرتبه القانون على إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه العقدي , و تعد أثرا للالتزام العقدي لا مصدرا له , و تنشئ المسؤولية العقدية الالتزام بالتعويض في ذمة المدين , **و منه فهل التعويض العيني جزء منه ؟**

و لقد اختلف الفقه الفرنسي في تفسير نص المادة 1142 مدني فرنسي , فذهب فريق إلى القول بأن التعويض في المسؤولية العقدية يكون حتما مبلغا من النقود , و ليس للقاضي أن يجعله شيئا أخر غير النقود , بينما يذهب فريق أخر و هو الرأي الراجح أن التعويض بغير النقود من نطاق المسؤولية العقدية و قد أجازوا أن يكون التعويض بأمر أخر يراه القاضي أكثر ملائمة لطبيعة الضرر , و أن نص المادة السالفة الذكر على الرغم من أنها لا تستبعد التنفيذ العيني الجبري , فإنها لا تهدف سوى إلى استبعاد اللجوء إلى الإكراه الجسدي .

و أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد كان يرفض التعويض بغير النقود في بداية الأمر , إلا أنه سرعان ما عدل عن هذا الأمر , ففي قضية ذهبت محكمة الموضوع إلى الحكم بتمديد عقد الإيجار إلى أن يتم تنفيذ الترميمات المفروضة على المستأجر و الذي امتنع عن القيام بها , و لكن المستأجر طعن في الحكم على أساس أن حكم محكمة الموضوع بتمديد عقد الإيجار أدى إلى نشوء التزام جديد في ذمته , و أن ليس للمحكمة أن تنشأ هذا الالتزام , و يعد هذا خرقا للمادة 1142 من القانون المدني الفرنسي , و التي تلزم المدين بالتعويض عند عدم التنفيذ , و قد قبلت محكمة النقض الطعن مسببة القرار بأنه لا يجوز الحكم سوى بالتعويض النقدي عند عدم قيام المستأجر للإلتزامه القيام بالترميمات الضرورية و ذلك وفقا لنص المادة 1142 مدني فرنسي .

و قد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أبعد من هذا حينما قرر قضاة الموضوع بعدم وجود نص في القانون يجيز لهم الحكم على خصم في الدعوى تعويضا عن ضرر يسأل عنه , بالقيام بعمل لا يفرضه عليه العقد أو القانون و لا يريد القيام به , فلا يجوز للقاضي إذا لحق المنقولات تلف أثناء نقلها

بالسكك الحديدية , أن يرفض عرضا تقدم به أمين النقل بدفع تعويض عنها , و يحكم عليه بإجراء الإصلاحات اللازمة لها [1].

إن أخذ القضاء الفرنسي بنص المادة 1124 يقصر تطبيق القاعدة القانونية على الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل , أما إذا كان محل الالتزام الذي استحال تنفيذه بخطأ المدين تسليم شيء , يجوز للقاضي في مثل هذه الحالة أن يأمر المدين بتسليم شيء مثله , و أن يعمد إلى التهديدات المالية لحمله على التنفيذ , و أن المادة 1124 لا تعارض التعويض العيني إلا ضمن الإجراءات , أي ضمن الحدود التي لا تؤدي إلى النيل من حرية المدين .

2 – **نطاق التعويض العيني في مجال المسؤولية التقصيرية :** يذهب جانب من الفقه الفرنسي أن التعويض في المسؤولية التقصيرية يكون حتما مبلغ من النقود , استنادا إلى أن النقود مقياس القيم و من ثم كافية لجبر الأضرار المادية و شافية للأضرار المعنوية [2].

و يذهب الرأي الراجح إلى القول أنه تكون المسألة في المسؤولية التقصيرية أقل صعوبة من المسؤولية العقدية , و ذلك لعدم وجود نص خاص بالتعويض , حيث للقاضي سلطة كاملة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة الضرر , ذلك لأن المادة 1382 مدني فرنسي لم تحدد طريقة التعويض كما أن قوام المسؤولية المدنية هي تصحيح التوازن الذي أخل نتيجة وقوع الضرر و إعادته إلى ما كان عليه , و ذلك بإعادة المتضرر على حساب المسئول الملتزم بالتعويض إلى الحالة التي كان من المفروض أو المتوقع أن يكون عليها حتى و لو لم يقع الفعل الضار .

و عليه و مما سبق فإن التساؤل الذي يطرح في خضم الاتجاهات التي سبق ذكرها في مجال التنفيذ بطريق التعويض فإننا نتسأل عن موقف المشرع الجزائري , و عليه و بالرجوع إلى نص المادة 176 مدني جزائري نجد أن المشرع الجزائري قد استعمل مصطلح التعويض – **حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه** – , و منه فإننا نرى أن نص المادة 176 يحتمل أن يكون الإجراء المقصود منها إما أن يكون التعويض نقديا أو أن يكون تعويضا عينيا ما دام أن هذا الأخير يعتبر تعويضا , ضف إلى هذا أن للقاضي إمكانية تحديد نوع التعويض الذي يتلاءم مع طبيعة الضرر وكيفية جبره , و هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المـادة 132 مدني جزائـري بنصها :" و يقدر التعويـض بالنقد , على أنه يجــوز

---

(1) – راجع الموقع الإلكتروني التالي : www.minshawi.com

(2) – نشير فقط أن هذا الرأي بقي منعزلا في الفقه الفرنسي و غريبا عن القضاء ، و ذلك لعدة أسباب نذكر منها أن المادة 1382 تعطي للقاضي إمكانية تفسير النص بشكل واسع وفقا للوقائع ، و ثانيا أنها لا تستبعد المادة السالفة الذكر الحكم بالتعويض العيني و هذا ما ذهبت به محكمة النقض الفرنسية ، هذا بالإضافة إلى أحكام قضائية أخرى تؤيد الحكم بالتعويض العيني في مجال المسؤولية التقصيرية .

للقاضي تبعا للظروف و بناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه , أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع " , وأما مضمون المادة 177 من نفس القانون فإننا نرى أنها متعلقة بالتعويض النقدي في حالة ما إذا حكم به القاضي , و برأيينا فلا يوجد تقييد أو تحديد لنوع التعويض المنصوص عليه في المادة 176 السالفة الذكر , و نشير أن نص المادة 176 و 177 مدني جزائري تتطابق مع أحكام المادة 215 و 216 مدني مصري , و بالرجوع إلى نص المادة 171 مدني مصري التي تنص على : " يعين القاضى طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للقاضى تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور , أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه , أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع , وذلك على سبيل التعويض " , و منه يتبين أن تحديد نوع التعويض مسألة متروكة لقاضي الموضوع يحددها بناءا على ظروف كل قضية على حدى .

## الفرع الثاني

## التنفيذ عن طريق التعويض

الأصل في التنفيذ أن يكون عينيا و يتضمن الالتزام إما التزاما بنقل حق عيني , كما قد يكون التزاما بعمل , فإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه بالقيام بعمل , فإن الدائن يمكنه أن يلجأ إلى إجباره على التنفيذ العيني , و وسيلته في ذلك هي تنفيذ الالتزام على نفقة المدين بشرط أن لا يكون العمل الذي التزم به المدين يستوجب تدخله الشخصي ففي هذه الحالة لا يمكن اللجوء إلى هذه الطريقة إذ لا يمكن أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام شخص آخر , و من هنا يلجأ الدائن إلى وسائل التنفيذ غير المباشرة والمتمثل في الغرامة التهديدية , و أما بالنسبة للالتزام بالامتناع عن عمل فإذا أخل المدين بالتزامه جاز للدائن أن يطلب من المحكمة الحكم بالإزالة و تكون الإزالة على نفقة المدين , و أن يطالب أيضا بالتعويض التي تمت به جزاء هذه المخالفة .

و عليه قد يتضمن لجوء الدائن إلى التنفيذ العيني المباشر مساسا بحرية المدين الشخصية و هذا غير جائز , و يحدث ذلك على وجه الخصوص إذا كان التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه و هنا يلجأ الدائن إلى وسائل غير مباشرة وصولا إلى إجبار المدين على التنفيذ العيني , و إذا لم تفلح هذه الوسائل يلجأ الدائن إلى التنفيذ بطريق التعويض .

و لقد نصت المادة 132 مدني جزائري على : " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا , و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا .

و يقدر التعويض بالنقد , على أنه يجوز للقاضي , تبعا للظروف و بناءا على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه , أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع " , و تقابل هذه المادة من القانون المدني المصري المادة 171 , و هي تقريبا مطابقة لنص المادة 182 مدني جزائري .

ولاشك أن القضاء بما له من خبرة و ما يتمتع به من سلطة , يعد الجهة التي تعين طريقة التعويض المناسبة لجبر الضرر الحاصل أكثر من غيرها , هذا ما جعل التشريعات المختلفة تتبنى هذه الفكرة و تنص عليها صراحة في متونها , و ذلك تجنبا للإشكالات العديدة التي يمكن أن تحصل لو أن المشرع قد نص على إلزام القاضي بإتباع طريقة من دون غيرها , فيما يتعلق بكل نوع من أنواع الضرر , كما أن الأضرار التي تقع في الحياة العملية كثيرة و متعددة و لا حصر لها, و بالتالي ليس بإمكان أي مشرع أن يحصر هذه الأضرار و أن يحيط بها إحاطة تامة , فإن ذلك و على افتراض تحقق حصول ذلك فإنه لا يحقق العدالة في كل أحوالها .

و عليه فإن المشرع الجزائري و المصري و الفرنسي لم يحددوا طريقة معينة للتعويض , بل منحوا قاضي الموضوع في حدود طلب المدعي سلطة تقديرية في تحديد طريقة التعويض الأكثر ملائمة لطبيعة الضرر [1].

و بالرجوع إلى نص المادة 132 مدني جزائري و تقابلها المادة 215 مدني مصري , فإن التعويض إما أن يكون تعويضا نقديا أو تعويضا عينيا , و على القاضي تبعا للظروف و بناءا على طلب المضرور أن يحدد يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه , أي التعويض العيني , و لعل أصدق مثال في هذا الشأن في مجال عقد المقاولة إذ نكون في شأن التطبيق العملي لهذا العقد أمام حالتين ة هما :

– قبل التسليم و دفع الأجرة , ففي هذه الحالة فإن أي عيب أو نقص في البناء , فإن حكم القاضي يكون بإجبار المقاول على التنفيذ العيني [2].

(1) – أنظر القرار ( نقض جنائي ) الصادر عن محكمة النقض الفرنسية سنة 1952 : ( لقاضي الموضوع في حدود طلب المدعي سلطة تقديرية مطلقة في تحديد طريقة التعويض و مدى تعويض الضرر الناشئ عن الجنحة ) ، أشار إليه د / محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 48 .

(2) – في نطاق المسؤولية العقدية يكون القاضي مشغولا بترتيب التنفيذ العيني و ليس التعويض العيني ، و يكون السبب الجوهري هو التنظيم العملي للعقد .

– بعد تسلم البناء و دفع الأجرة فإن أي خلال في البناء يكون بتعويض رب العمل عن العيوب التي تظهر خلال مدة الضمان العشري , و يكون التعويض في هذه الحالة تعويض عيني .

و من المسلم به أن للقاضي سلطة تقديرية في تحديد نوع التعويض الملائم لجبر الضرر , إذ يستطيع القاضي أن ينتقل من التعويض العيني إلى التعويض بمقابل بكل حرية , **فهل معنى ذلك أنه يستطيع بالمقابل أن ينتقل من التعويض النقدي إلى التعويض العيني ؟**

و يذهب رأي إلى القول أن للقاضي مثل هذا الحق , إذ أن موضوع المسؤولية يكون التعويض بصورة عامة , و ليس طريقة مشابهة للتعويض المطلوب , و أن للقاضي من خلال هذه القاعدة أن ينتقل من التعويض العيني المطلوب إلى التعويض النقدي , و للسبب نفسه يمكن للقاضي أن ينتقل من التعويض النقدي المطلوب إلى التعويض العيني , إذ أن القاضي حر في اختيار الطريق الذي يراه أسهل تنفيذا لحكمه , و أجدى على الدائن و أقل ضررا على المدعى عليه [(1)].

و بينما ذهب رأي آخر أن الطلب الأصلي الذي يتحتم على المدعى التقدم ؤ به إلى المحكمة هو طلب التعويض العيني شأنه في ذلك شأن التنفيذ العيني , و أن المدعي لا يمكنه أن يتقدم بطلب التعويض بمقابل إلا على شكل طلب احتياطي , و أن القاضي لا يستطيع الحكم على المدعى عليه بالتعويض النقدي إلا إذا رفض طلب الحكم بالتعويض العيني [(2)].

و عليه , و مما سبق ذكره – فإننا نرى أن نوع التعويض يتحدد بناءا على ظروف كل قضية على حدى , و أن القاضي بما منحه القانون من سلطة لتقدير الوقائع هو الأقدر و الأجدى إلى اختيار نوع التعويض الأكثر ملائمة , و منه نتبنى موقف محكمة النقض المصرية إذ جاء في إحدى قرارتها ما يلي :

---

(1) – voir Mazeaud ( H et L) , op-cit , p 2018 .

(2) – رأي الأساتذة " كولان " و كابيتان " ، أشار إليه د / حسن علي الدانون ، المرجع السابق ، ص 208 .

– يرى الأستاذ اسماعيل غانم : " من الأنسب الاقتصار على التعويض النقدي ، إذ أن الحكم بالتعويض العيني قد يكون في بعض الأحيان سببا في حدوث منزاعات جديدة ، و مثال ذلك أن يلزم القاضي بأن يقوم على سبيل التعويض بإصلاح الشيء الذي تسبب في تلفه ، فقد يثور النزاع بعد ذلك بين المدين و الدائن ، فيدعي الأول أنه قد قام بما أمر به ، و يدعي الثاني أن الإصلاح لم يكن كافيا ، و من ناحية أخرى إذا أصر المدين على ألا يؤدي التعويض العيني على الرغم من الغرامة التهديدية ، فينتهي الأمر إلى الحكم بتعويض نقدي .راجع د / إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص 140 .

– أما الفقيه ريبر – Ripert– فيرى : " لنفترض أن القضاء سلم بفكرة التعويض العيني ، فإنه استنادا إلى هذا التعويض يضع التزاما على عاتق المسئول و من ثم يتم الجزاء بالإجبار ، و نعود إلى الصيغة ذاتها و هي أن الإخلال بالالتزام أدى إلى نشوء التزام ، وبذلك ندخل في مرحلتين من الوقت من دون فائدة ، لأن النتيجة هي في النهاية التعويض بمبلغ نقدي ، أليس من الأفضل أن نحكم عليه مباشرة بهذا التعويض" ، و تضيف الأستاذة لوسيان ريبر – Lucienne Ripert : " أن كل تعويض ينتهي إلى منح مبلغ من النقود ".

-Voir Ripert , les dommages – intérêt en monnaie étrangère , Rev critique , 1926 , p 05 .

- Et voir Lucienne Ripert , op-cit , p 19 et 24 . –

"التعويض العيني هو الأصل و لا يصار إلى التعويض النقدي إلا إذا استحال التعويض العيني فإذا رفع المتضرر دعواه مطالبا بتعويض نقدي و عرض المدعي عليه تعويضا عينيا – كرد الشيء المغتصب – وجب قبول عرضه , بل تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هي عملت بموجب هذا العرض , و لو لم يطلب المدعي ذلك و أصر على ما يطلبه من تعويض نقدي " (1) .

و خلاصة القول أنه صحيح أن المشرع الجزائري ربط بين التعويض و النقود إذ جعل الأصل في التعويض أن يكون نقديا , إلا أننا نرى أن هذا لا يقيد القاضي في اختيار التعويض العيني متى رأى أنه أكثر ملائمة لجبر الضرر و تحقيق الموازنة بين حق الدائن في السمة الإرضائية لهذا الأخير وبين حق المدين في عدم إجباره على فعل شيء يرهق هذا الأخير .

## الفرع الثالث

## أنواع التعويض و كيفية تقديره

لاشك في أننا بصدد الحديث عن أنواع التعويض نقصد به التعويض العيني , ذلك أنه لا تثار صعوبة في شأن التعويض النقدي فبطبيعة الحال فإن التعويض النقدي يكون دائما مبلغ من النقود يدفع جملة واحدة أو يدفع على أقساط , أو أن يكون على شكل إيرادا مرتبا , أما بالنسبة للتعويض العيني فقد يتخذ عدة أشكال يمكننا أن نجملها في ثلاث صور أو أشكال رئيسية , فإما أن يكون التعويض العيني مادي , أو أن يكون تعويضا عينيا قانونيا , أو أن يكون تعويضا عينيا أدبيا و من خلال هذه الدراسة ستتضح الحكمة من تقسيم التعويض العيني إلى هذه التقسيمات .

**1 – التعويض العيني المادي :** يمثل التعويض دائما منفعة للمتضرر و في فترات الاستقرار النقدي وزيادة الأموال في السوق , يسعى المتضرر إلى التعويض العيني إذ أنه يستبدل الشيء التالف لأجل تجنب تقديرا قد لا يكفي عند التعويض النقدي .

و قد أجاز القضاء الفرنسي في بداية القرن العشرين الناقل بإصلاح المواد التالفة أثناء عملية النقل مستندا في ذلك إلى التزام الناقل بتسليم الشيء إلى مكان الوصول في حالة جيدة , و قد صدر قرار سنة 1962 , يحمل شركة النقل بالسكك الحديدية مسؤولية إصلاح الأثاث التالف (2).

(1) – قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1948.02.16 ، أشار إليه د / سليمان مرقس في مرجعه السابق ، ص531.

(2) – قرار صدر في 04 سبتمبر 1962 , أشار إليه د / محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 53 .

و في نفس هذا الاتجاه رفض القضاء الفرنسي و بمناسبة عقد الإيجار , الحكم على المستأجر بإعادة بناء المنزل المحترق بسبب خطئه , و علل القرار بالاستناد إلى نظرية الإثراء بلا سبب , إذ أن إعادة البناء يترتب عليه إثراء المالك , و عليه حكم على المستأجر أن يدفع الفرق بين قيمة البناء قبل وبعد الحريق , على الرغم من أن المستأجر قد تعهد بإعادة البناء على نفقته في حالته الكاملة عند انتهاء عقد الإيجار , إلا أن القضاء الفرنسي لم يتقيد بهذا التعهد على اعتبار أن عقد الإيجار ينتهي بهلاك الشيء المؤجرة .

و نجد أن القانون المدني الجزائري , و القانون المدني ينصان صراحة أن المستأجر الذي يحدث في العين المؤجرة تغييرا غير مسموح به , و بالتالي يلزم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه و بالتعويض إن اقتضى الحال [(1)].

**<u>التعويض العيني المادي و الضرر الجسدي</u>** : لقد أدى التطور الكبير في مجال زراعة الأعضاء البشرية بالمحاكم , و على وجه الخصوص المحاكم الألمانية على الحكم بالتعويض العيني لإصلاح الضرر المادي الجسدي , إذ جاء في قرار المحكمة العليا في ألمانيا ما يلي : " يقضي بالتعويض للمتضرر بأن يرد الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر , في حالات الاعتداء العمدي على الكيان الجسدي , و كان بالإمكان طبيا إذا خلا الأمر من خطورة حقيقية على المسئول و المتضرر " , و قد صدر هذا الحكم في قضية تتلخص في أن شخصا قام بضرب شخص أخر على عينه محدثا له تمزق في العين , و طالب المتضرر بالتعويض العيني , و تم نقل الشبكية من عين المسئول عن الضرر إلى المضرور بنجاح " , كما حكم هذا القضاء بنقل زراعة الكلية من الجاني لإنقاذ المجني عليه بسبب تعرض هذا الأخير للضرب المتعمد من طرف الجاني [(2)].

و بالنسبة للوضع في الجزائر فإن القضاء الجزائري لم يصدر أحكاما يقضى من خلالها بإصلاح الضرر الجسدي , و إنما اكتفي في مثل هذه الحالات الحكم بالتعويض النقدي , ونحن نرى أن الوضع و إن كان مبررا فيما مضى على اعتبار أنه لم تكن هناك نصوص قانونية تنظم عملية زرع الأعضاء البشرية في الجزائر , إلا أنه و بعد صدور القانون المنظم لزراعة الأعضاء البشرية فإننا نرى بإمكانية تطبيق فكرة التعويض العيني عن الأضرار الجسمانية .

---

(1) – راجع المادة 492 من القانون المدني الجزائري .

(2) – للتفصيل أكثر في هذه القرارات راجع الموقع الإلكتروني التالي : www.minshawi.com

– نشير أن هذه الأحكام تحقق نوعا من العدالة ، و هي تتفق تماما مع ما يذهب إليه الفقهاء في شأن تطبيق القصاص ، لما كان في القصاص من تحقيق تحقيق هدفين و هما العدالة و الردع و الزجر ، و منه فالطريق الحديثة في التعويض العيني تحقق هدفا ثالثا و هو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الإصابة الجسدية ، و في هذا العمل ذرء للمفسدة التي تلحق بالمتضرر .

و أما بالنسبة لتقدير التعويض ففي هذه الحالة يجب التفريق بين ما إذا كان التعويض عينيا أو كان نقديا , ففي حالة ما إذا كان التعويض عينيا فعلى القاضي أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه restitution in ntgerum , و يعتبر هذا خير وسيلة للتعويض عن الأضرار المادية , إلا أن الصعوبة تتمثل في التعويض العيني عن الأضرار المعنوية , فقد يتضرر الدائن معنويا في حالة إخلال المدين بالوفاء بالتزامه , و بالتالي فهل يمكن في مثل هذه الحالات أن يحكم القاضي بالتعويض العيني لجبر الضرر المعنوي .

و بالرجوع إلى نص المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري التي تنص على التعويض عن الضرر المعنوي بنصها : " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة " و منه يذهب جانب من الفقه إلى القول بإمكانية التعويض العيني عن الأضرار المعنوية من خلال الرد و التصحيح , و على اعتبار أن القاضي له السلطة التقديرية في تحديد طريقة التعويض المناسبة فله أن يقرر ذلك تبعا للظروف و بناءا على طلب المضرور إذا كان ذلك ممكنا و غير مرهق للمدين .

و نشير أنه في حالات قد يتعذر التعويض العيني سواء عن الضرر المادي أو الضرر المعنوي لذا لا يكون للمحكمة إلا أن تقضي بالتعويض النقدي , و قد نصت المادة 1/182 مدني جزائري على :" إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو القانون , فالقاضي هو الذي يقدره و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب , بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به , و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول " و منه لا جدال في التعويض النقدي إذا كان الأمر متعلقا بضرر مادي , إلا أن الصعوبة كذلك تبرز في حالات الضرر الأدبي من حيث أن هذا الضرر لا يمكن تعويضه إذ لا صلة بين الألم النفسي الناتج عن المساس بعاطفة الإنسان و كرامته , و بين المبلغ النقدي الذي تقضي به المحكمة ولكن رغما عن هذا فيذهب غالبية الفقه والقضاء إلى إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي , فالوسائل التي تساعد على إزالة الضرر أو التخفيف من آثاره يمكن تقويمها بالنقود , ثم أنه لا يوجد ما يبرر منح التعويض النقدي للأضرار المادية دون الأضرار الأدبية , لذلك ينبغي على المحكمة أن تقضي بالتعويض النقدي باعتباره الأصل في تقدير التعويض , فالنقود إضافة إلى كونها وسيلة للتداول فإنها تعتبر خير وسيلة لتقويم الأضرار بما فيها الأضرار الأدبية .

و في الأخير نرى بإن تقدير التعويض يخضع لعنصري الربح و الخسارة التي تعرض لها الدائن وهي تخضع لعمليات حسابية يقدر فيها القاضي مقدار الربح أو الخسارة , و يحدد قيمة التعويض الذي يجب على المدين أن يدفعه نتيجة عدم التزامه بالتنفيذ أو التأخر فيه .

## المطلب الثاني

## الحكم يقوم مقام التنفيذ العيني لالتزام المدين

لقد أشرنا سابقا أن الأصل أن يتم تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا من طرف المدين , إلا أن هذا قد لا يحدث أحيانا , و بالتالي يجب أن يمنح الدائن طرقا أخرى يتمكن من خلالها أن ستوفي حقه ولأجل هذا لم تبقى العديد من التشريعات مكتوفة الأيدي في مواجهة هذه المشكلة , و بالتالي وجدت طرق أخرى للتنفيذ العيني ، ومن هذه الطرق أن حكم القاضي يقوم مقام التنفيذ العيني لالتزام المدين .

و لقد نص المشرع الجزائري على هذا الحكم بموجب المادة 171 من القانون المدني على : ( في الالتزام بعمل قد يكون حكم القاضي بمثابة سند التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام , مع مراعاة المقتضيات القانونية و التنظيمية ) , و قد أشرنا سابقا أن المشرع المصري قد تبنى هذا الحكم في نص المادة 210 من القانون المدني المصري , و على خلاف التشريع الجزائري و التشريع المصري فإن المشرع الفرنسي لم يتضمن حكما صريحا في هذا المعنى , في إطار النصوص التي تضمنت أحكام التنفيذ العيني , إلا أن هذا لا يعني عدم وجود حكم مشابه يتضمن هذا الأمر , فقد تضمنت نصوص قانونية أخرى في القانون المدني الفرنسي الإشارة إلى أن حكم القاضي يقوم مقام التنفيذ العيني لالتزام المدين , و عليه فإن هذه المواد في القوانين الثلاث , جاءت لتعبر عن موقف المشرع في حالة حدوث اختلال في التوازنات العقدية اختلالا خطيرا بسبب امتناع بعض المدينين عن تنفيذ التزاماتهم [(1)].

و في الحقيقة تقرر المادة السابقة الذكر , أن بمقدور الدائن أن يحصل على ذات الأداء الذي التزم به المدين , و ذلك بالحصول على حكم من القضاء يقوم مقام التنفيذ العيني .

و استنادا إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد , فإنه يتحتم على الأفراد متى ارتضوا التعاقد أن ينفذوا الالتزامات التي تعاقدوا عليها , إلا أنه قد يخل المدين بالتزامه أثناء مرحلة التنفيذ , مما يطرح مشكلة عدم تنفيذ العقد ، كما أنه قد يحدث أن يتفق الأفراد على التعاقد مستقبلا متى توافرت الشروط التي اتفقوا عليها أو متى قرر القانون أن تتوافر هذه الشروط , و لكنه لسبب ما يرفض أحد المتعاقدان إبرام العقد النهائي .

و إن الوعد بالتعاقد طريقة شائعة الاستعمال بين الأفراد , و لقد أضحى الوعد بالتعاقد من الوسائل القانونية الأكثر شيوعــا بين الأفراد , و ذلك إما يوفره من سهولة في مواجهة بعض التعقيدات فــي اتخاذ

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 391.

القرار أو ضرورة استيفاء شروط إدارية لكي يتم التعاقد و هذا على خلاف ما ينص عليه القانون من أن العقد يتم بمجرد توافق بين إرادتين [1].

إن الوعد بالتعاقد لا ينسجم مع عنصر الزمن , هذا العنصر الذي يفتقده أحد قبل أن يتعاقد بشكل نهائـي , و بالتالي يأتي الوعد بالتعاقد لينقذ هذا المتعاقد الذي يبحث في آن واحد عن الوقت ليفكر مليا و كذلك الأمان القانوني الذي يوفره التعاقد .

و إن الوعد بالتعاقد باعتباره عقدا بالإضافة إلى الإشكالات القانونية التي يطرحها في شأن تكييفه فإنه يطرح إشكالا آخر بشأن تنفيذ هذا العقد , و عليه فإذا ما تم الاتفاق على التعاقد مستقبلا وفق الشروط الاتفاقية أو القانونية , و حين تتوفر هذه الشروط يرفض أحد المتعاقدين أن ينفذ التزامه في إبرام العقد النهائي , و من هنا تطرح إشكالية التنفيذ العيني لهذا الالتزام , و عليه فإن الفقه لا يعطي إجابة واحدة لهذا التساؤل , بحيث أنه تختلف الإجابة باختلاف نوع العقد .

و منه سنحاول البحث عن هذه الإجابة و بالتالي سنتطرق في **الفرع الأول** إلى دراسة الوعد بعقد رضائي , و أما في **الفرع الثاني** سنتطرق إلى الوعد بعقد شكلي , و في الأخير سنتطرق في **الفرع الثالث** إلى دعوى صحة التعاقد , أي دعوى صحة و نفاذ عقد البيع .

## الفرع الأول
## الوعد بعقد رضائي

يعرف الوعد بالتعاقد بأنه : " تطابق بين إرادتين يتم بموجبه أن يلتزم شخصان بشكل نهائي ومتبادل حيث يتم في الاتفاق تحديد الشروط الأساسية على الأقل و التي تعادل العقد النهائي " [2].

و لقد نصت المادة 72 من القانون المدني الجزائري على : " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد , و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة , قام الحكم مقام العقد " [3] .

---

(1) -voir Julien Coulet , op-cit , p 176 .
(2) -ibid , p 176 .
(3) - بخصوص الوعد بالبيع أنظر / قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993.12.22 تحت رقم 106776 ، حيث جاء في حيثيات القرار : " من المقرر قانونا أن البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء في مقابل ثمن نقدي .

و أن الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل ، لا يكون له آثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و المدة التي يجب إبرامه فيها ، و لما ثبت في قضية الحال أن الطاعن لم يدفع ثمن البيع ، و هو شرط من شروط العقد غير متوفرة ، فإن قضاة المجلس كانوا على صواب عندما صرحوا ببطلانه ، و اعتبروا شروط الوعد بالبيع غير متوفرة و يتعين بذلك رفض الثمن " .

و عليه نرى أن المادة السابقة الذكر تتطابق مع نص المادة 102 من القانون المدني المصري مع اختلاف بسيط حيث نصت المادة على : " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد , و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد " , و نفس الحكم تضمنه القانون المدني الفرنسي 1589 : " الوعد بالبيع يقوم مقام البيع , إذا اتفق المتعاقدان على المبيع و الثمن ".

و إن الدائن لما يقوم بالمطالبة بتنفيذ الوعد بالتعاقد , فهو في الواقع يطالب بتنفيذ العقد النهائي ولمعرفة ما إذا يستطيع أن يطالب بالتنفيذ العيني أم لا , يجب أولا معرفة إذا كان الوعد يتضمن كل العناصر الموضوعية و الشخصية لإبرام العقد , و كذلك معرفة ما إذا كان الالتزام الذي ينشأ قابلا للتنفيذ العيني (1).

وفي الحقيقة أن تنفيذ الوعد بالتعاقد لا يطرح صعوبة من حيث تنفيذه تنفيذا عينيا , فلا صعوبة في هذا الفرض في تحقيق التنفيذ العيني , و مؤدى ذلك أن القضاء يستطيع عند اللجوء إليه أن يصدر حكما ضد الواعد بثبوت العقد , و قيام الحكم مقام العقد , و بذلك يخرج العقد من حيز التصور إلى حيز الوجود (2).

## الفرع الثاني

## الوعد بعقد شكلي

إذا لم يكن العقد رضائيا فإن الأطراف المتعاقدة يخضعون لبعض الشكليات لنفاذ العقد , و بالتالي فإن الإخلال بهذه الشكلية سيؤدي حتما إلى بطلان هذا العقد (3).

و عليه فإن الوعد بعقد شكلي لا يقوم مقام العقد الشكلي فالقول بذلك يعني عدم الاعتراف بالشكلية وتظهر الحكمة من هذا , أن الوعد بإبرام عقد معين إذا قــام صحيحا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى قيام العقد إذا رغب فيه الموعود لــه , فإذا صاغ أن يجــيء الوعد فـــي غير الشكل الــذي رسمه القانون

---

(1) -voir Julien Coulet , op -cit, p 178 .

(2)– راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 392.

(3) – لقد جاء في قرار للحكمة العليا صدر بتاريخ 1996.04.17 تحت رقم 154760 , منشور في المجلة القضائية / لسنة 1996 / العدد الأول / ص 99–102 ، حيث جاء في حيثيات القرار : ( إذا كان القانون يخول للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد في حالة ما إذا نكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد ، فإنه أشترط مع ذلك ضرورة توافر الشروط الشكلية في الوعد بالبيع ومتى ثبت في قضية الحال انعدام وجود وعد رسمي لبيع الفيلا ، و رفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق العقد العرفي فليس أمام المطعون ضدها إلا المطالبة بالتعويض ، كأثر قانوني لعدم تنفيذ التزام قانوني ، لا تتوافر فيه الشكلية القانونية ، و أن استجابة القضاة لمطلبها و إصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي ، يكونوا قد أساءوا تطبيق القانون و فهم اجتهادات المحكمة العليا ).

لقيام العقد الموعود بإبرامه , و بذلك يصبح الوعد بالعقد طريقا للإفلات من الشكل الذي يتطلبه القانون[1].

إن الوعد بالتعاقد في العقود الشكلي لا يقوم مقام العقد النهائي , **و بالتالي فإن السؤال الذي يطرح عن الأثر الذي يترتب عن عدم تنفيذ أحد أطراف العقد لالتزامه , و منه هل يستطيع المستفيد من الوعد بالتعاقد أن يطالب بالتنفيذ العيني ؟**

و يذهب بعض الفقه في فرنسا إلى التفرقة الشكلية التي يقصد من ورائها حماية المتعاقدان والشكلية التي تهدف إلى حماية الغير , و بالتالي ففي الوعد بالتعاقد يمكن للأطراف المتعاقدة الخروج عن هذه القاعدة , و منه فإن دور الشكلية في هذه الحالة هو للإعلان فقط [2].

و نشير في هذا الصدد أن القضاء في فرنسا , يذهب إلى رفض طلب الدائن الحصول على رهن موعود به بسبب أن الوعد بالرهن يعتبر مجرد التزام بسيط بفعل , و في حكم آخر رفضت محكمة النقض الفرنسية طلب الدائن تسليم الشيء الموعود به في عقد الرهن الحيازي [3].

## الفرع الثالث
## الوعد بعقد ملزم لجانب واحد

بجانب الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين , يوجد وعد بالتعاقد ملزم لطرف واحد , و يمكن تعريف هذا العقد : " هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص نحو آخر بالتعاقد معه بشروط معينة بحيث يكون للمستفيد الخيار في عدم التعاقد , أو التعاقد في الوقت المحدد " [4].

ويتميز هذا العقد بأن الاتفاق مؤجل , كما أن الواعد ملتزم بالتعاقد ففي بالمقابل فإن الموعود له الخيار , فإما أن يقبل أو يرفض , و من هنا تكمن الصعوبة في تحديد طبيعة هذا الالتزام , و بخاصة حينما يتعلق الأمر بالتنفيذ العينـــي , و لعل هذا الأمر أحدث تساؤلات كثيرة غداة وضع تقنين نابليون و هذا ما

---

(1)- راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 395.

(2)–voir Julien Coulet , ibid. p 185 .

(3) -cass .Civ 3,7mars 1993, bull. 55 / cass .Civ 3, 6 janvier 1994, bull .n° 196.

(4)–voir G .Cornu , vocabulaire juridique association H.capitant , v° promesse ,1996 , puf. P 45

جعل هذا القانون يفتقد لنص في هذا الأمر , إلا أن المسألة أثارت اهتمام الفقيه "بواتييه" Pothier , كما أن محكمة النقض الفرنسية تعرضت لهذا الأمر , **و تساءلت عن الأثر المترتب عن تخلف الواعد لتنفيذ التزامه**[1] ؟

فحسب الاجتهاد القضائي و حتى بعض الفقهاء فإنهم يرون أن الواعد الذي يتخلف عن تنفيذ التزامه و حتى في حالة ما إذا تعامل مع الغير سيئ النية , و بالتالي يرفض التوقيع على العقد الرسمي , مما يترتب عليه الحكم عليه من طرف المحاكم باحترام التزامه ، و إلزامه بتوقيع عقد البيع ، وتستند المحاكم الفرنسية في أحكامها على نص المادة 1134 من القانون المدني [2].

إلا أن المحاكم تخلت عن هذا الاتجاه الكلاسيكي , و بالتالي فإن محكمة النقض الفرنسية و حتى محكمة استئناف باريس أصدرت أحكام مخالفة للحكم السابق ذكره , فقد رفضت محكمة استئناف باريس طلب تنفيذ وعد بالتنازل عن حصص اجتماعية , بسبب رجوع الواعد عن وعده و تبليغه لرجوعه عن وعده قبل انتهاء خيار القبول , و مما جاء في حيثيات الحكم ما يلي : " ليس للوعد بالبيع من جانب واحد أي أثر في نقل الملكية للمستفيد ما لم يعلن المستفيد قبوله لهذا , و بالتالي فإن هذا الوعد ما هو إلا التزم بعمل يترتب على عدم تنفيذه الحكم بالتعويض " [3].

و أما بالنسبة للتشريع الجزائري , يمكننا الاستناد إلى أحكام المادة 123 مكرر 1 من القانون المدني تنص على حكم يكمن استعارته لتبني حكم في حالة تخلف الواعد عن تنفيذ وعده , و بالرجوع إلي نص المادة 123 مكرر 1 من القانون المدني تنص على : " من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل و لو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم به .

" و إذا لم يعين الواعد أجلا لإنجاز العمل , جاز له الرجوع في وعده بإعلان الجمهور , على الا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد" .

" يمارس حق المطالبة بالجائزة , تحت طائلة السقوط , في أجل (6) أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور " .

و عليه فإذا كان نص المادة يتضمن أحكام تتعلق بالوعد بجائزة , و هو التزام بإرادة منفردة فإننا يمكننا أن نستعير هذا الحكم لنطبقه على الأنواع الأخرى من الوعود بالتعاقد , كما نجد في نصوص

---

(1) -voir Julien Coulet , op –cit , p 189 .

(2) – نشير فقط أن هذه الأحكام هي أحكام قديمة صدرت عن المحاكم الفرنسية ، و حتى عن برلمان فرنسا .

(3) – C.A Paris, 2 éme chambre B , 5 décembre 1991 , RJDA 2, 1992, n° 160 , JCP 1992 , i 3589.

قانونية أخرى نصت على أحكام تتعلق بالوعد بالتعاقد تضمنها قانون الأسرة الجزائري . **(1)**

و ما يمكن قوله إجمالا أن المشرع الجزائري لم يحدد صراحة ما إذا يمكن تنفيذ الالتزام المترتب عن الوعد بالتعاقد بإرادة منفردة , تنفيذا عينيا أو عن طريق التعويض , كما أننا نفتقد إلى الأحكام القضائية التي توضح موقف القضاء من التنفيذ العيني للوعد بالتعاقد بإرادة منفردة .

## المطلب الثالث

## التنفيذ على نفقة المدين

لقد تصدى الفقه لمسألة عدم تنفيذ المدين التزامه , و بالتالي فإنه يجب البحث عن تصدي هذه العقبة المادية , و على اعتبار أن الالتزام يتفرع إلى التزام بعمل أو عدم القيام بعمل , و إلى إلزام بإعطاء و كل هذه الالتزامات هي ملقاة على عاتق المدين , إلا أن هذا الأخير يحجم عن الوفاء بالتزامه و لا يمكن إجباره بالقوة و القهر على أن يقوم بعمل رغما عن إرادته , و في المقابل يصر الدائن على الوصول بالالتزام إلى مرحلة التنفيذ العيني و أمام هذا الانسداد يجب البحث عن حل توفيقي بين هذين الأمرين .

و يذهب بعض الفقهاء إلى تبني فكرة توفيقية بين الأمرين , و هي السمة الإرضائية للدائن أي متى اقتنع الدائن بما قدم إليه سواء أكان عن طريق التنفيذ العيني من طرف المدين , أو تم التنفيذ عن طريق التعويض أو أنه تم التنفيذ عن طريق الغير و على نفقة المدين, و يشير الفقيه " دراجو" في هذا الشأن : " .... و ينبغي البحث فيما كان التنفيذ الجبري , مازال ممكنا , أم أصبح مستحيلا , فإذا ظل هذا التنفيذ ممكنا , توجب على القاضي أن يأمر به , أما إذا أصبح من المستحيل على المدين أن يقوم به فينبغي على المحكمة أن تعمل على إيجاد حيلة لضمان إرضاء الدائن , و غالبا ما يتحقق لها ذلك في التنفيذ العيني بتغيير شخص المدين , إذا ظل هذا الإجراء ممكنا , و على العكس من ذلك , فإن المحكمة تكتفي بالحكم على المدين بالتعويض النقدي حينما تيقن من أن التنفيذ المباشر بات من المستحيل القيام به بصفة مطلقة " **(2)**.

---

(1) – راجع في هذا الشأن أحكام المواد 184 إلى المادة 201 و المادة 202 إلى المادة 212 من الكتاب الرابع بعنوان التبرعات / الوصية – الهبة – و الوقف من قانون الأسرة الجزائري رقم 84–11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ09 جويلية 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 / المنشور في الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 2005 / ص 19 .

(2)–Voir Dragu (R) , op-cit , p 45 .

و لقد تبنى التشريع هذا الحل فقد نصت المادة 170 من القانون المدني الجزائري على :" في الالتزام بعمل , إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه , جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا ) كما نصت المادة 173 من نفس القانون على : " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل و أخل بهذا الالتزام , جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام جاز للدائن أن يطالب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام و يمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين " , و تقابل هذه المادة في التشريع المصري نص المادة 209 من القانون المدني المصري حيث تنص على : " في الالتزام بعمل , إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا ".

" و يجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء ".

و أما المادة 212 من نفس القانون فتنص على : " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل , و أخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام , و له أن يطلب من القضاء ترخيصا في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين ".

و أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد تضمنت 1143 من القانون المدني الفرنسي على هذا الحكم بقولها :" و مع ذلك للدائن الحق في أن يطلب إزالة الفعل الذي وقع مخالفا للالتزام بالامتناع , و يمكنه أن يطلب الإذن له بالإزالة على نفقة المدين دون الإخلال بحقه في التعويض إن كان له محل".

و أما المادة 1144 من نفس القانون فنصت على : " يمكن الترخيص للدائن في حالة امتناع الدائن عن التنفيذ , أن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين ." و يلزم المدين على أن يدفع مسبقا المبالغ اللازمة لتنفيذ هذا الالتزام " (1).

و من خلال المواد السالف ذكرها يلاحظ أن هناك تطابق كبير فيا يخص أحكام التنفيذ على نفقة المدين , و عليه سنحاول التطرق في **الفرع الأول** إلى التنفيذ العيني على نفقة المدين برخصة من القضاء و في **الفرع الثاني** الحالة التي يتم فيها التنفيذ العيني بدون رخصة من القضاء .

---

(1) – l'article 1143 du code civil français : « Néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu » .
Article 1144 : « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution».

## الفرع الأول

## التنفيذ العيني على نفقة المدين برخصة من القضاء

يرتكز التنفيذ العيني في هذه الالتزامات على قاعدة مؤداها , أن المدين ليس هو الشخص الوحيد الذي يستطيع تنفيذ الالتزام , و من هنا يستطيع الدائن أن يقوم بالتنفيذ العيني بطريق مباشر , بدلا من أن يقتنع بالتعويض و منه تتاح للدائن عدة وسائل لإجبار المدين على التنفيذ العيني , بحيث يمكن أن يستعمل الوسائل المباشرة كالغرامة المالية , أو الشرط الجزائي , و لمنه يحاول دائما أن يكون المدين هو الذي يتولى تنفيذ الالتزام (1).

و إن المـادة 170 من القانون المدني الجزائري ( و تقابلها المادة 209 من القانون المدني المصري و المادة 1144 من القانون المدني الفرنسي ) توجي لنا بأنها تناقض نص المادة 169 من القانون المدني الجزائري التي تنص على : " في الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام نفسه , جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين " (2).

**و قد يذهب البعض** إلى القول لتبرير علاقة المادة 169 بالمادة 170 من القانون المدني , أن في هذه الحالة لسنا بصدد تنفيذ عيني , طالما أن التنفيذ العيني لم يقم به المدين , و في الحقيقة أن هذا التبرير غير مقنع تماما , فالمسألة يجب أن تفسر من زاويتين , الأولى موضوعية و الثانية شخصية للوصول إلى تبرير السمة الإرضائية للدائن , و منه فإن هذا الأخير لما يتعاقد مع المدين اعتقادا منه بأنه الأقدر على إرضائه و ليس على اعتبار أنه الأقدر على تنفيذ الالتزام , و بالتالي فإنه في حالة امتناع المدين عن التنفيذ فإن الدائن يبحث عن شخص آخر ليقوم بالتنفيذ , و من هنا يظهر أن الجانب الشخصي يكون أمر ثانوي طالما أن الغاية النهائية هي التنفيذ العيني , و بالتالي لما نقوم بدراسة المواد 169–170 من القانون المدني الجزائري فإننا نتوصل إلى نتيجة أن المادتين تهدفان إلى تحقيق غاية واحدة , و هي السمة الإرضائية الموضوعية للدائن في التنفيذ العيني .

كما أن التنفيذ العيني من طرف الغير ليس بالأمر التلقائي أو الآلي , و إنما للوصل إلى تحقيقه يجب طلب الإذن من القضاء , إلا أن هذا الأخير ( و نخص بالذكر القضاء الفرنسي ) لم يستقر على موقف

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 421.

(2) – تقابل المادة 169 من القانون المدني الجزائري المادة 212 من القانون المدني المصري حيث تنص على : " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل , و أخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا الالتزام ، و له أن يطلب من القضاء ترخيصا في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين " ، و أما المادة 1143 من القانون المدني الفرنسي فتنص على :" و مع ذلك للدائن الحق أن يطلب إزالة الفعل الذي وقع مخالفا للالتزام بالامتناع ، و يمكنه أن يطلب الإذن له بالإزالة على نفقة المدين ، دون الإخلال بحقه في التعويض ، إن كان له محل ".

واحد , بل ظهرت عدة اتجاهات في خصوص مدى ما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية في الحكم للدائن بالتنفيذ العيني على نفقة المدين , و منه سنحاول استعراض أهم هذه الاتجاهات القضائية :

ولقد تبنت محكمة النقض الفرنسية اتجاها يمنح سلطة تقديرية مطلقة لقضاة الموضوع , عند الفصل في طلب الدائن التنفيذ العيني من طرف الغير , و قد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 31 أكتوبر 1906 ما يلي : " ...... حيث أنه تبعا لما تقضي به المادة 1144 من المجموعة المدنية , فإن موضوع الإلتزام , إذا كان أداء عمل يقبل التنفيذ بواسطة الغير على نفقة المدين , لانتفاء الحاجة إلى تدخله الشخصي , فإن لقاضي الموضوع أن يختار في حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لعلاج الضرر " (1).

كما نجد قرار آخر صدر عن محكمة النقض الفرنسية , و مما جاء في حيثيات القرار :" ليس يوجد ثمة ما يلزم القاضي بأن يستجيب إلى طلب الدائن , ففي رحاب قانونا المدني , لقاضي الموضوع ملائمة الحكم بالتنفيذ العيني بمقتضى المادة 1144 , و هو حين يعمل سلطته التقديرية يختار الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه من غير أن يكون عليه معقب النقض (2).

و عليه يتبين موقف القضاء الفرنسي من مسألة مدى إطلاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع للنظر في طلب الدائن التنفيذ العيني للالتزام من طرف الغير بدلا من المدين , أن هذا الأخير يعطي السلطة التقديرية المطلقة في هذا الجانب , إلا أن موقف الفقه لم يكن منسجما مع موقف محكمة النقض الفرنسية , و قد أنقسم في هذا الشأن إلى ثلاث اتجاهات , أعتنق **أولها** رأي محكمة النقض الفرنسية على إطلاقه , بينما اتجه **الرأي الثاني** إلى تفسير هذه السلطة التقديرية لقضاة الموضوع في حدود الخلاف اللفظي بين المادتين 1143 و 1144 , أما **الرأي الثالث** , فقد أتجه إلى عكس ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية , و يمثل هذا الاتجاه الرأي الغالب في الفقه الفرنسي (3).

**و رأي آخر** , و يمثل هذا الرأي كل من الفقيه "لارومبير" Larombiere و الفقيه "دراجو" , حيث يرى الفقيه "لارومبير" : " أن الدائن يتوجب عليه دائما أن يحصل على ترخيص من القضاء و هو بسبيل مباشرة حقه , استنادا إلى المبــدأ بأنه " لا يجوز للشخص أن يقتضي حقـه بيده , فــإن كان من صحيح

---

(1) -voir Cass .Civ. 31 Oct 1906, Sirey 1907.I.163/ et voire également Marcel fontaine et Geneviève / les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles – études de droit comparé - / librairie générale de droit / édition 2001 / p 193 .

(2) −voir Cass .Civ .24 mai 1960, Bull. Civ .1960 .I. 123.

(3) راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 409.

القول أن للدائن القيام بالتنفيذ على نفقة المدين بغية إنهاء النزاع , و يشترط لتحقيق ذلك التماس طلب إذن من العدالة , التي من سلطتها دائما أن ترفض منحه التنفيذ " [(1)].

و أما الفقيه " دراجو" فقد تسأل عن سبب رفض عدم منح القاضي هذه السلطة فحين أن القانون يمنح له سلطة تقدير مبلغ التعويض , و سلطة تصفية الغرامة التهديدية , و بالتالي أليس هذا أدعى بمنحه سلطة اختيار الوسائل التي يمكن أن تتجاوب مع الظروف الاقتصادية [(2)].

– **أما الاتجاه الثاني** فيذهب إلى التفرقة بين الالتزامات بعمل , فللقاضي السلطة الكاملة في تقدير الظروف التي يمكن في ضوئها منح الدائن التنفيذ العيني , ويستندون في هذا على ألفاظ نص المادة 1144 من المجموعة المدنية , وأما الطائفة الثانية ففي نطاق الالتزامات بامتناع فليس من سلطة لقضاة الموضوع حرمان الدائـن من حقه في الحصول على التنفيذ العيني , فالتقدير النهائي يكون بيد الدائن نفسه [(3)].

– **و أما الاتجاه الذي يؤيده غالبية الفقه في فرنسا** , فقد ذهب إلى تقويض الاتجاه الأول و الثاني حيث يرى أن تبريرات هذا الاتجاه تقوم على فهم غير دقيق لأبعاد المشكلة , و لا مكان لها في النظام القانوني و هذا من قبيل تزييف لروح النصوص و القواعد القانونية أن ننكر على الدائنين حقوقهم ونتمسك بتطبيق النصوص على حالات لم توضع لها أصلا , و لم تتجه إرادة المشرع إليها صراحة وفي معرض هذه المناسبة ذكر الفقيه مارسيل : " أن نظرة المحاكم إلى الشروط التي تتطلبها المادة 1144 مدني , تنبئ عن أن حق الدائن في التنفيذ العيني على نفقة المدين ليس هو القاعدة العامة , بل أن هذا الحق لا يعدو أن يكون إجراءا استثنائيا أو نوعا من الملائمة " , و يضيف هذا الفقيه قائلا : "على أن الذي يهمنا أيضا في هذا الصدد هو التأكيد على أن الدافع الذي تذرعت به المحاكم لتقييد سلطة الدائن , هو الخشية من أن يشكل هذا التنفيذ عبئا زائدا عما يقتضيه العقد في جانب المدين , وفي تقديرنا فإن الدافع ليس سببا كافيا لتبرير كل هذه السلطة التقديرية لقضاة الموضوع " [(4)].

و في الأخير فيمكن القول أنه لا يجوز أن يتبادر إلى الذهن , أن للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في هذا المجال و في التشريعات الثلاث محل الدراسة , و إنما يجب أن تمارس هذه السلطة بشروط تتحقق بظروف معينة.

---

(1) – voir Larombier (L) , théorie et pratique des obligations , tome 1 , nouvelle édition , Paris,1885 , p 336 .

(2) -voir Dragu (R) , op-cit , p 76 .

(3)– راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 411.

(4)– voir Marcille (R) , l’exécution en natures des obligations de faire ou de ne pas faire ,thèse……… Rennes 1931 ,p 46.

## الفرع الثاني

## التنفيذ العيني على نفقة المدين في حالة الاستعجال

نشير ابتداء أن التشريع المدني الجزائري لم يتضمن أحكام تتعلق بالتنفيذ العيني على نفقة المدين في حالة الاستعجـال , و بالتالي فإن السؤال الـذي يطرح هو كيف يمكن للمدين التنفيذ على نفقة المدين و هو في حالة من الاستعجال يستدعي معها التدخل بسرعة , في حين أن القانون يستوجب عليه أن يطلب ترخيصا من القضاء مما قد يؤدي إلى عدم تحقيق الغاية المرجوة من التنفيذ العيني نتيجة التعطيل الذي يتوخاه الدائن , **و بالتالي فما هو الإجراء الذي يمكن الدائن من تحقيق التنفيذ في أقصر الأوقات؟**

و على خلاف التشريع الجزائري , فقد نص التشريع المصري على هذا الإجراء في الفقرة الثانية من نص المادة 209 من القانون المدني المصري بقوله :" و يجوز في خالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء " , هذا بالنسبة للتشريع المصري أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فعلى غرار التشريع الجزائري لم يتضمن القانون المدني الفرنسي النص على التنفيذ العيني على نفقة المدين في حالة الاستعجال , إلا أن هذا لا يعني أنه لا توجد نصوص قانونية آخرى , كما أن الفقه الفرنسي عالج هذا الأمر حيث حاول عدد من الباحثين التقريب بين فكرة إعفاء الدائن من الحصول على إذن مسبق من القضاء و فكرة الاستعجال , و في سبيل ذلك عقد هؤلاء الباحثين مقارنة بين سلطة الدائن في التنفيذ العيني دون الحصول على إذن مسبق , و بما اعترف به الإدارة من سلطة تنفيذ قراراتها في حالة الاستعجال .

و يستند هؤلاء في تأييد رأييهم على موقف محكمة النقض الفرنسية , ففي المسائل المدنية إذا أخل المؤجر بما يفرضه العقد من القيام بالترميمات التي تحتاج إليها العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار , جاز للمستأجر أن يطلب التنفيذ العيني , أي القيام بالترميمات أو يقوم هو بالترميمات على نفقة المؤجر بترخيص من القضاء , أو دون ترخيص في حالة الاستعجال , و استيفاء ما أنفقه في الحدود المقررة للإصلاح [(1)].

و إن هذا الاتجاه الذي أخذته محكمة النقض الفرنسية لم يكن ثابتا , فسرعان ما تغير توجه محكمة النقض الفرنسية و رفضت حق المستأجر بالتنفيذ العيني على نفقة المؤجر دون إذن سابق من القضاء بموجب حكم الدائرة المدنية الصادر بتاريخ جويلية 1953 [(2)].

(1) – voir Cass . Civ .2 juillet 1945, Dalloz, 1946, 4 / Cass .Civ .19 juillet 1950, Gaz. Civ. 7 Décembre 1951, D, 52,144 / Cass .Civ .5 juin 1953, Dalloz 1953 1953, 601.

(2)-voir Cass .Civ.5 juin 1953, Dalloz, 1953, 601.

إلا أن موقف محكمة النقض الفرنسية المتصلب , لم يلبث أن خفت حدته بسبب ما نتج عنه من حرمان العديد من المستأجرين من الانتفاع الكامل بالعقارات التي يشغلونها , حيث عدلت عن موقفها السابق إلا أنها بالمقابل اشترطت أن تكون الترميمات ضرورية ,و أن تكون الأعمال التي يقوم بها المستأجر بأقل ما يمكن من نفقات [(1)].

**و أما بالنسبة للتشريع المصري** , فقد أشارنا إلى أن القانون المدني المصري قد تضمن نصا صريحا , يعفى بموجبه الدائن على طلب ترخيص من القضاء للتنفيذ العيني على نفقة المدين في حالة الاستعجال , و هذا ما نصت عليه المادة 209 في فقرتها الثانية , كما أن المشرع المصري لم يكتفي بتقرير المبدأ العام , بل أورد له تطبيقات عديدة في القانون المدني المصري , فعلى سبيل المثال ما نصت عليه المادة 2/568 من أنه : " يجوز للمستأجر دون حاجة إلى ترخيص من القضاء , أن يقوم بإجراء الترميمات المستعجلة و الترميمات البسيطة مما يلتزم به المؤجر , سواء كان العيب موجودا وقت بدء الانتفاع أو طرأ بعد ذلك إذا لم يقم المؤجر بعد إعذاره بتنفيذ هذا الالتزام في ميعاد مناسب وعلى أن يستوفي المستأجر ما أنفقه خصما من الأجرة " [(2)].

**و أما بالنسبة للتشريع الجزائري** , فإن المشرع الجزائري لم ينص تماما على التنفيذ على نفقة المدين في حالة الاستعجال , و لعلنا تركنا التطرق إلى التشريع الجزائري في آخر الدراسة في هذا الفرع خلاف منهجنا في البحث , لإيجاد نقاط تقارب مع التشريع الفرنسي أو التشريع المصري , على اعتبار أن هناك تشابه إلى حد المطابقة بين التشريعات الثلاث , إلا أن الأمر لم يكن كذلك في مثل هذه الحالة , فإذا كان المشرع قد نص على أحكام التنفيذ العيني على نفقة المدين في نص المادة 170 من القانون المدني , كما أن التطبيقات الأخرى فيما يخص حق المستأجر في التنفيذ العيني على نفقة المؤجر في حالة الاستعجال فقد نصت المادة 489 من القانون المدني :" إذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان , يجوز للمستأجر حسب الحالة أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار , و له كذلك أن يطلب إصلاح العيب أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان الإصلاح لا يشكل نفقة باهظة على المؤجر".

و عليه يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يتضمن النص على حق الدائن في التنفيذ على نفقة المدين في حالة الاستعجال دون استصدار أمر من القضاء , و بالتالي يمكننا القول أنه يتوجب على الدائن أن يستصدر إذنا من القضاء سواء كانت الحالة عادية أو استعجالية .

---

(1)–voir Cass .Civ 1er. 30 juin 1965, Gaz, Pal, 1965, 2,329/Cass .Civ 3e, 30 nov 1972, Gaz .Pal, 1973, 1, page 223.

(2) راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 402.

## الفرع الثالث

## شروط التنفيذ العيني على نفقة المدين

إن التنفيذ على نفقة المدين يستلزم توفر بعض الشروط البعض منها نص عليها المشرع صراحة في القانون المدني , و بالعض الآخر يستخلص من طبيعة الإجراء في حد ذاته أو ما استحدثه الاجتهاد القضائي , و بالتالي فإنه لا يمكن للدائن أن يلتجأ مباشرة إلى التنفيذ العيني على نفقة المدين , دون ضوابط و حدود يتقيد بها , و منه يمكن حصر هذه الشروط فيما يلي :

**1 – <u>شرط أن يكون للدائن الحق في التنفيذ و أن يكون التنفيذ ممكنا</u>** : لكي يستطيع الدائن التنفيذ العيني على نفقة المدين , سواء قام بالتنفيذ بنفسه أو من طرف الغير , يجب أن يكون الحق في التنفيذ مازال قائما و ممكنا تنفيذه , و لم ينقضي بسبب من الأسباب كأن يكون قد تم تنفيذه من طرف المدين أو أن يستحيل تنفيذه بسبب قوة , أو بسبب من الأسباب كأن يكون التنفيذ أصبح مرهقا للمدين , و قد نصت المادة 164 من القانون المدني الجزائري على هذا الأمر بنصها :" يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا , متى كان ذلك ممكنا " , كما أشارت المادة 176 من نفس القانون على : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا , حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه , ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه " .

و يقابل هذه المواد في التشريع المصري المادة 203 من القانون المدني المصري , و المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي .

**2 – <u>شرط أن لا يكون الاعتبار الشخصي لازما للتنفيذ intuitu personnae</u>** : كثيرا ما يرتبط التنفيذ العيني بشخص المدين , و في هذه الحالة فإذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ الالتزام , فلا مجال حينئذ على إرغامه على التنفيذ , فلا يجوز إرغام المغني على الغناء أو الممثل على التمثيل على خشبة المسرح كما أن الدائن لما يتعاقد مع المدين اعتقادا أن هذا الأخير هو الأقدر على إرضاء الدائن بسبب أن المدين هو شخص محترف , لكن هذا لا يعني بالضرورة أنه الشخص الوحيد الذي يستطيع الوفاء بذلك الالتزام و بالتالي يمكن للدائن أن يقوم بالتنفيذ على نفقة المدين لنفس الالتزام , الذي من المفترض أن يقوم به المدين , فيلتجأ الدائن إلى اختيار شخص محترف آخر للقيام بتنفيذ الالتزام وهذا بطبيعة الحال بعد استئذان القضاء .

**3 – <u>شرط طلب الإذن من القضاء</u>** : يعتبر هذا الشرط من أهم الشروط للقيام بالتنفيذ على نفقة المدين و هذا ما اشترطته المادة 170 من القانون المدني الجزائري ( تقابلها المادة 209 من القانون المدني المصري , و المادة 1144 من القانون المدني الفرنسي ) , **و لعل السؤال الذي يطرح , ما هي الجهة القضائية المختصة لإصدار القرار ؟**

لقد نصت المادة 170 من القانون المدني الجزائري على إجراء طلب ترخيص من القضاء وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في نص المادة 32 منه [(1)].

و نجد أن القاضي المختص هو القاضي المدني بالمحكمة , هذا و نشير أن المصطلح الذي استعمله المشرع الجزائري في القانون , لا يتوافق مع المصطلحات المستعملة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية , **و بالتالي فما هو المعنى الذي يمكن أن نطلقه على مصطلح ترخيصا من القاضي فهل يتم هذا الإجراء عن طريق الأمر على عريضة ؟**

و حسب رأيينا فإن الأمر لا يكون كذلك , و هذا بالاستناد إلى نص المادة 310 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري [(2)].

كما أنه لا يمكن طلب ترخيص عن طريق الدعوى الإستعجالية على اعتبار أنه ليس ثمة عنصر الاستعجال بالإضافة إلى أن القانون المدني الجزائري لم ينص على هذه الحالة , و عليه فإننا نؤكد أن المحكمة المختصة للترخيص للدائن بالتنفيذ العيني على نفقة المدين هي الفرع المدني بالمحكمة .

و يذهب البعض في فرنسا إلى أنه يمكن طلب الترخيص في نفس الدعوى التي يطالب فيها المدين بالتنفيذ العيني على نفقة المدين , كما يعيب البعض على إجراء طلب الإذن من القضاء كونه يؤدي إلى تعطيل عملية تنفيذ الالتزام , هذا ما جعل البعض يدرج شروط عقدية تعفي الدائن من طلب الترخيص و خاصة في عقود المقاولة العقارية كحل لهذا التعطيل .

---

(1)– تنص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الصادر بتاريخ 25 فبراير 2008 تحت رقم 08–09 : "المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام و تتشكل من أقسام يمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة . / تفصل المحكمة في جميع القضايا ، لاسيما المدنية و التجارية و البحرية و الاجتماعية و العقارية و قضايا شؤون الأسرة و التي تختص بها إقليميا . / تتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع . / غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام ، يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية ".

(2) – تنص المادة 310 من نفس القانون على : "الأمر على عريضة أمر مؤقت ، يصدر دون حضور الخصم ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

تقدم الطلبات الرامية إلى إثبات الحالة أو توجيه إنذار أو استجواب في موضوع لا يمس بحقوق الأطراف ، إلى رئيس الجهة القضائية المختصة ليفصل فيها خلال أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام من تاريخ إيداع الطلب ".

أما الحل الثاني فهو ما درج عليه العمل في المجال التجاري , و بالأخص في البيوع التجارية حيث يتاح للمشتري التاجر في حالة عدم تسليم باقي البضاعة , و بالتالي في حالة اللزوم يمكنه أن يتحصل على نفس البضاعة على نفقة البائع , و هذا دون أن يستلزم الأمر استصدار ترخيص من القضاء [1].

**4 – <u>شرط أن يسعى الدائن بعد الترخيص بالتنفيذ العيني على نفقة المدين</u> :** لا يكفي للدائن أن يستصدر ترخيصا من القضاء للتنفيذ العيني , فعليه أن يسعى إلى البحث عن الشخص الذي يتولى تنفيذ الالتزام , كما أن عليه أن يقوم بدفع التكاليف على أن يسترجع المبالغ المدفوعة من المدين , و في الحقيقة فإن هذا الأمر ينطوي على خطر على الدائن , إذ يحتمل أن يرفض المدين دفع هذه التكاليف أو يحتج بارتفاعها مما يحتم على الأطراف الرجوع مجددا أمام القاضي , مما يؤدي إلى إطالة أمد النزاع كما قد لا يحوز الدائن على المبالغ الكافية لدفع التكاليف مما يؤدي إلى عدم التنفيذ العيني .

و لتفادي مثل هذه العقبات فهناك حلول عملية حتى يتفادى مثل هذه الحالات , و منه يمكن للدائن أن يطلب من القاضي أن يحدد في الترخيص , المبالغ الواجبة للقيام بالتنفيذ , و هذا بتقديم بيان تقييمي للأعمال الواجب القيام بها من طرف الغير .

و أما بالنسبة للعقبة الثانية , أي عدم إمكان الدائن دفع التكاليف الواجبة للتنفيذ العيني على نفقة المدين , بسبب ضائقته المالية , فإن لهذه العقبة كذلك حلول لها , حيث يمكن للدائن أن يطلب من القاضي كذلك أن يلزم المدين بأن يدفع مسبقا ما يتوجب عليه من مبالغ مالية نضير التكاليف التي تنجو عن التنفيذ العيني على نفقته .

و في الأخير نقول أنه رغم الحلول التشريعية التي وضعها المشرع لتسهيل عملية التنفيذ العيني ورغم الاجتهاد القضائية و الفقهية في إيجاد الحلول لمشكلة التنفيذ العيني , إلا أنه من الناحية الواقعية فإن التنفيذ العيني على نفقة المدين قليل الاستعمال من طرف الدائنين باستثناء مجال البيوع التجارية باعتبار أن الإجراءات فيها مخففة عن ما هو معمول به في المجال المدني .

(1)−voir Marcel Fontaine – Geneviève Viney , op-cit , 190 -191 .

# المبحث الثاني

# التنفيذ العيني لالتزامات غير نقدية

إن الالتزام واجب قانوني يقع على شخص معين يسمى المدين , يوجب عليه القيام بعمل أو بأداء مالي معين أو قابل للتعين لصالح شخص أخر يسمى الدائن , فالالتزام الواجب التنفيذ هو الالتزام المدني متى استجمع عناصره و هما المديونية و المسؤولية , فأثر الالتزام هو وجوب تنفيذه و لو جبرا على المدين استجابة لعنصر المسؤولية , و ذلك على عكس الالتزام الطبيعي حيث يتجرد من عنصر المسؤولية , و بالنتيجة لا يقبل إلا للتنفيذ الاختياري أي متروكا لإرادة المدين و اختياره , فإذا وفى المدين حقا طبيعيا صح وفاؤه , و لا يعتبر وفاء لما لا يجب و لا يستطيع الرجوع فيه [(1)].

و يرى الدكتور "عبد الرزاق السنهوري" في هذا الشأن أن الالتزام المدني يشمل على عنصرين : المديونية و المسؤولية , و أما الالتزام الطبيعي فيحتوي على عنصر المديونية دون المسؤولية , فالمدين بالالتزام الطبيعي مدين , لا في حكم الضمير فحسب , بل أيضا في حكم القانون , و من هنا إذا أوفى الدين لم يستطع استرداده , فهذا هو عنصر المديونية قد تتوافر فيه , و لكن المدين لا يجبر على الوفاء إذا لم يرد ذلك عن نية و اختيار , و هذا هو عنصر المسؤولية و الذي انفصل عنه , و نرى من ذلك أن الالتزام الطبيعي هو واجب أدبي ارتفعت منزلته في نظر القانون حتى قارب أن يكون التزاما مدنيا فهو وسط بين المرتبتين , سما عن أن يكون مجرد التزام أدبي , و لم يبلغ أن يصير التزاما مدنيا فهو التزام طبيعي يعترف به القانون فيرتفع به عن الواجب الأدبي , و لا يترتب عليه إلا بعض الآثار فينزل به دون الالتزام المدني , و من ثم يقف الالتزام الطبيعي في الحد الفاصل ما بين الأخلاق والقانون" [(2)].

و منه يدخل الالتزام الطبيعي بوصفه واجبا أدبيا في منطقة القانون إلى حد التنفيذ الاختياري , وأما التنفيذ الجبري فلا يدخل هذا النوع من الالتزام في نطاقه لعدم إمكانية إجبار المدين على تنفيذ الالتزام الطبيعي [(3)].

---

(1) – راجع د / عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني آثار الحق الشخصي ، أحكام الالتزام دار وائل للنشر و التوزيع ، الأردن ، الطبعة الأولى 2009 ، ص 11 .

(2) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري , الوسيط , ص 725 .

(3) – يرى الأستاذ سليمان مرقس في مرجعه السابق ، ص 6 : " بأن الالتزام الطبيعي يشترك مع الالتزام المدني في أن القانون يوجب الوفاء بكل منهما ، و يختلف عنه في أنه لا يجوز الإجبار على تنفيذه فهو التزام ناقص ، أو هو وسيط بين الالتزام الأدبي والالتزام المدني ، يزيد عن الأول في وجوب الوفاء به قانونا و ينقص عن الثاني في إمكان إجبار المدين على تنفيذه ، و لذلك =

وتنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية " , ومنه يمنح القانون الإرادة المشتركة للمتعاقدين سلطة تكاد تكون مطلقة في إنشاء الالتزامات , مادامت هذه الإرادة لا تتجه إلى ما يخالف النظام العام و الآداب العامة , و تعد الالتزامات التي تقررها القواعد القانونية المكملة أو المفسرة التزامات إرادية , إذ يفترض أن هذه القواعد تعبر عن إرادة المتعاقدين الضمنية عند عدم الاتفاق على ما يخالف أحكامها .

إن كلمة الالتزام إذا لم تقترن بوصف معين , يقصد بها الالتزام المدني لأنه هو الأصل , و يمكن تقسيم الالتزام إلى عدة تقسيمات فيقسم إلى التزام بمنح شيء ما و التزام بعمل و التزام بالامتناع عن عمل كما يقسم الالتزام إلى التزام بتحقيق نتيجة و التزام بعناية ( التزام بوسيلة ) , و عليه سنحاول التطرق بنوع من الإيجاز إلى هذه الأوصاف التي تلحق بالالتزام لكي نصل إلى ربطها مع موضعنا وهو التنفيذ العيني.

**1 – <u>الالتزام بمنح شيء</u>** : يقصد به التزام المدين أن ينقل أو ينشئ للدائن حقا عينيا على شيء ما كالتزام البائع نقل ملكية المبيع إلى المشتري أو كالتزام شخص إنشاء حق انتفاع أو رهن على شيء لمصلحة شخص أخر , مع ملاحظة أن الشيء إذا كان منقولا معينا و مملوكا لمن تصرف به تنتقل ملكيته أو ينشأ الحق العيني عليه بمجرد الاتفاق .

**2 – <u>الالتزام بعمل</u>** : الالتزام بأي عمل آخر لا يؤدي إلى إنشاء حق عيني أو نقله , و الأعمال التي يمكن أن يلتزم المدين القيام بها لمصلحة الدائن أكثر من أن تحصى , كالتزام العامل بالعمل في مصنع أو متجر ما و التزام المقاول بالأمر المتفق عليه , و التزام الناقل بنقل الركاب و غير ذلك , و يدخل في الالتزام بعمل التزام المدين تسليم شيء ما , و هو يختلف عن الالتزام بإعطاء شيء ما التزام البائع تسليم المبيع إلى المشتري تبعا لانتقال ملكية هذا المبيع إليه , و التزام المؤجر تسليم العين المؤجرة إلى المستأجر ليتمكن من الانتفاع بها .

---

= فهو من جهة يختلف في حكمه عن الواجب الأدبي البحت ، و من جهة أخرى لا تسري عليه أحكام الالتزام القانوني الكامل إلى الالتزام المدني فتعين أن يضع له المشرع نصوصا تنظمه و تبين حالاته و ما يترتب عليه من أثر و ما لا يترتب " .

– و يميز الفقهاء الألمان بين عنصرين في الالتزام هما عنصر المديونية و عنصر المسؤولية , فعنصر المديونية يتضمن ناحية الوجوب , أي انشغال الذمة فهو واجب قانوني يقوم به شخص لأخر ، فالمديونية إذا رابطة شخصية بين الدائن و المدين ، تجعل على المدين واجب الوفاء و على الدائن واجب قبول هذا الوفاء ، و هي لا تتضمن عامل الإجبار على الوفاء ، أما عنصر المسؤولية فيتضمن ناحية الإجبار على تنفيذ الالتزام عند عدم قيام المدين بتنفيذه طوعا " ، راجع في هذا الشأن حسن على الدنون ، المرجع السابق ، ص 09 .

**3 – <u>الالتزام بالامتناع عن عمل</u>** : و يقصد به التزام المدين أن يمتنع عن القيام بعمل ما كان يحق له القيام به لولا وجود هذا الالتزام , و من أمثلة ذلك أن يتفق تاجران على أن يمتنع أحدهما عن ممارسة تجارة معينة في منطقة معينة تجنبا لمنافسته في هذه المنطقة , أو أن يتفق ممثل شركة مع شركة إنتاج معينة على أن يمتنع عن تمثيل غيرها طول مدة عمله معها , فتنشأ في جميع الأمثلة التزامات بالامتناع عن عمل على عاتق التاجر أو ممثل الشركة .

و إلى جانب هذا التقسيم , و هو الأكثر شيوعا و تداولا هناك تقسيم آخر للالتزامات , و منه تقسم الالتزامات بحسب الغرض الذي وجد من أجله فيقسم الالتزام إلى التزام بتحقيق نتيجة و التزام ببذل عناية.

**1 – <u>الالتزام بتحقيق نتيجة</u>** : و هو الغالب فهو التزام المدين بتحقيق نتيجة معينة تكون هي ذاتها الغاية التي يهدف الدائن إلى بلوغها , كالتزام المدين نقل الملكية مثلا أو تسليم شيء أو توصيل بضاعة أو إنشاء مبنى أو الامتناع عن ممارسة تجارة معينة .

**2 – <u>الالتزام ببذل عناية</u>** : فهو التزام المدين ببذل الجهد و العناية في أمر ما سعيا لتحقيق الغاية التي يهدف إليها الدائن , كالتزام الطبيب العناية بالمريض و التزام المحامي الدفاع عن موكله .

و يتجلى الفرق واضحا بين هذين النوعين من الالتزام , ففي الالتزام بتحقيق نتيجة لا يكتفى من المدين ببذل الجهد و العناية , بل لابد له من تحقيق نتيجة محددة , أما في النوع الثاني فلا يتطلب من المدين تحقيق الغاية التي يرجوها الدائن و إنما بذل العناية اللازمة في سبيل ذلك , و هي من حيث المبدأ تقاس بعناية الرجل العادي le bon père de famille , ما لم يلتزم المدين بمقتضى القانون أو القانون عناية أكثر من ذلك عناية الرجل الحريص , أو أن يلتزم ببذل عناية أقل .

و يترتب على هذا أن المدين في الالتزام بتحقيق نتيجة يكون مسئولا عن عدم تنفيذ التزامه لمجرد عدم تحقق النتيجة المطلوبة , من دون حاجة إلى إثبات خطئه أو تقصيره , و لا يستطيع المدين في هذه الحالة أن يدفع المسؤولية إلا إذا أثبت أن عدم تحقق النتيجة يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه أما في الالتزام ببذل عناية فإن عدم تحقق النتيجة المرجوة لا يؤدي بذاته إلى اعتبار المدين مسئولا , وإنما لابد من أن يقوم الدائن بإثبات تقصير المدين في بذل العناية اللازمة .

و في الأخير يعد كل من الالتزام بإعطاء شيء و الالتزام بالامتناع عن عمل التزاما بنتيجة , أما الالتزام بعمل فقد يكون في بعض الأحوال التزاما بنتيجة , و في أحوال أخرى التزاما ببذل عناية وفقا للمقصود منه .

إن العقد وجد أساسا ليتم تنفيذ , فلا يتصور أن يتعاقد الطرفان دون أن تتجه إرادتهما إلى تنفيذ الالتزامات التي نشأت عن العقد , إلا أنه قد يحدث أن يتقاعس المدين عن تنفيذ التزامه مما يجعل الدائن يسعى بالطرق والوسائـل القانونية المتاحة له ليجبر مدينه على تنفيذ التزامه , و بما أن الالتزامات تتعدد و تختلف , **و بالتالي هل هذه الوسائل متشابهة و يمكن للدائن أن يستعملها بغض النظر عن نوع الالتزام , أم أن الوسيلة تتحدد بناءا على نوع الالتزام ؟**

و عليه , و انطلاقا من هذا فإننا سنتولى البحث عن التنفيذ العيني في الصور الثلاث للالتزام, ومنه سنخصص **المطلب الأول** لدراسة التنفيذ العيني في الالتزام بمنح شيء ما , و أما **المطلب الثاني** فسنخصصه للالتزام بعمل , و في الأخير سنخصص **المطلب الثالث** للالتزام بالامتناع عن عمل.

## المطلب الأول

## الإلتزام بمنح شيء ما ( بإعطاء شيء )

يقصد عادة بالالتزام بمنح شيئ , تسليم ملكية شيء ما أو تسليم حق عيني , و هذا ما يقلل حيز التنفيذ العيني في مثل هذه الحالة , خاصة إذا تصورنا أن نقل الملكية يمكن أن يتم دون تدخل الأطراف ،وهذا ما يطرح تساؤلا حول الإصرار على الاحتفاظ بهذه التفرقة من طرف واضعي تقنين نابليون حيث أنهم لا يجدوا من بد أن يضعوا تفرقة بين الالتزام بمنح شيئ و بين الالتزام بعمل , و لكنهم بالمقابل أوجدوا فكرة قانونية جديدة , وهو التسليم الإرادي للملكيةtransfert de propriété solo consensus وعليه فإن هذه الفكرة الجديدة أثرت بشكل واضح حول مفهوم الالتزام بمنح شيء [(1)].

و كثيرا ما يعرف الفقهاء المعاصرون الالتزام بمنح بأنه التزام بنقل حق عيني إلى شخص أخر – الدائن – و بالأخص حق المكية , و يظهر من هذا التعريف بأنه قد تأثر بالمدرسة الرومانية , حيث يستمد هذا الالتزام من المصطلح الروماني " obligation de dare " [(2)].

و كذلك مدرسة الشرح على المتون , و نشير في هذا الصدد أن الفقه في أول الأمر لم يتقبل هذه الفكرة إلا بعد مرور قرابة قرن , حيث تم في الأول الأمر الاعتراف بنقل الحق العيني بصفة إرادية – solo consensus – , و بعدها تم ربط هذا الأمر مع الالتزام و بالأخص الالتزام بمنح شيئ [(3)].

(1) –voir Julien Coulet , op-cit , p 330 .

(2) من الناحية الاصطلاحية يستمد الفعل منح – donner- من المصطلح الروماني – dare – و التي تعني نقل الملكية .

(3) –voir Julien Coulet , op cit. p 332 .

غير أن الاتجاه القانوني الجديد , و على خلاف النظام القانوني القديم الموروث من القانون الروماني فإن نقل الملكية كان يتم على مرحلتين , أما في النظام القانوني الجديد فإن نقل الملكية يتم بمجرد تطابق إرادتين دون الحاجة إلى إجراء أي شكلية أخرى , و عليه فإن هذا الاتجاه لم يصدر عن القانون المدني , و لا من عن الأعمال التحضيرية , و من المفاجئ أن نعرف أن النقل الفوري للملكية ظهر في بعض العقود الخاصة [1].

و عليه , و أمام عدم وضوح فكرة الالتزام بمنح شيء في تقنين نابليون , و خاصة في شأن النقل الفوري و الآلي للملكية فإن بعض الفقهاء المعاصرين , يرون أن النقل الفوري للملكية هو أثر لبعض العقود , و بالتالي فهناك عقود ناقلة للملكية بشكل فوري و آلي , و أخرى غير ناقلة للملكية .

و في حقيقة الأمر فإن تحديد فكرة الالتزام بمنح شيء , يستدعي أولا تحديد ما المعنى الذي يمكن أن نعطيه إلى مفهوم الالتزام بمنح شيئ , فمن منظور المادة 1136 من القانون المدني الفرنسي , فإن فكرة النقل الفوري للملكية بمجرد التعاقد تتجاوز روح القانون المدني , هذا إذا تقبلنا جدلا فكرة أن واضعي تقنين نابليون لم ينتبهوا إلى الأمر, لأنه من الصعب التوفيق بين مبدأ النقل الفوري للملكية و بين تقسيم العقود من حيث موضوعها إلى عقود رضائية, وعقود شكلية يشترط فيها شكلية معينة لانتقال الملكية[2].

و أمام هذا الإشكال القانوني , يرى الفقيهان" شازال chazal " و" فانسونت vincente " أن المشكل لم يطرح بشكل صحيح , فليس ثمة أن نتساءل عن مبدأ إذا كان آثر عقد البيع ناقلا للملكية – و هذا أمر مسلم به – و لكن السؤال الصحيح الذي يجب طرحه هو كيف و متى يتم هذا الأمر [3].

و بالتالي فإن القول بأن أثر الالتزام بمنح هو نقل الملكية , فهذا يعني تغيير مفهوم الالتزام ومنه فالتأكيد على أن آثر العقد هو نقل الملكية , فهذا يعني حصر الالتزام بمنح في قوقعة فارغة والدخول في ممر مسدود لتحديد النظام القانوني الخاص للالتزام بمنح شيئ [4].

و من خلال ما سبق ذكره يظهر أن هناك نقاش حاد فيما يخص أنواع الالتزام , و بالتالي يتوجب علينا أولا الوقوف عند هذه الاختلافات بين الفقهاء في تحديد مفهوم الالتزام بمنح شيء في **الفرع الأول**

---

(1)– و تتمثل هذه العقود في عقود البيع ، و عقود الهيبة و عقود القرض الاستهلاكي .

(2) - l’article 1136 du code civil français stipule : « l’obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison , a peine de dommages et intérêts envers le créancier ».

(3)- voir J-P Chazal Et S.Vincente, le transfert de propriété par effet des obligations dans le code civil , RTD ,Civ . 2000 , p 477.

(4) – ibid , p 477.

و في **الفرع الثاني** سنتطرق إلى الصور التي يتخذها الالتزام بمنح شيئ , وفي **الفرع الثالث** فسنتطرق الالتزام بإرجاع شيء كصورة من صور الالتزام بمنح شيء , كما سنحاول قدر المستطاع أن نربط هذه الدراسة بالقوانين محل الدراسة ، و بالأخص القانون الجزائري و القانون المصري على اعتبار أن جل الدراسة ستكون وفقا لتصور الفقه الفرنسي و إلى نصوص القانون المدني الفرنسي .

## الفرع الأول
## تحديد مفهوم الالتزام بمنح شيء

لقد أثار الالتزام بمنح شيئ جدلا فقهيا كبيرا بين الفقهاء , و بخاصة في شأن نقل الملكية فإذا كان الالتزام بمنح يعرف بأنه التزام بنقل ملكية شيء أو حق عيني , هذا و قد أشرنا أن واضعي تقنين نابليون لم يضعوا تفرقة بين الالتزام بمنح شيء أو الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل , و في المقابل أوجد فكرة قانونية جديدة , و هي النقل الإرادي للملكية , إلا أن هذه الفكرة لم تكن محل إجماع بين الفقهاء و بالتالي كثرت التأويلات في هذا الشأن أو إذا شئنا أن نكيف هذا بالنظريات التي حاولت تحديد النظام القانوني للالتزام بمنح شيء و من أهم هذه النظريات نذكر ما يلي :

**1 – الالتزام بمنح شيء يتضمن الالتزام بنقل الملكية الظاهرة la propriété apparente**: من أهم الفقهاء الذين حاولوا إعطاء معنى صحيح لفكرة نقل الملكية , الفقيه شازال , و الفقيه "فينسونت" وحسب رأي هؤلاء الفقهاء , فإن الالتزام بمنح إذا كان يهدف أساسا إلى نقل الملكية , فهو لا يهدف إلى نقلها كاملة كما نعتقد عادة , و لكن يهدف بكل بساطة بنقل ملكية ظاهرة (1).

و يرى هذان الفقيهان , أن فكرة النقل الفوري للملكية ينطوي على صعوبات من الناحية العملية كما أن العديد من التشريعات المقارنة لم تتبنى هذه الفكرة , و يتساءل الفقيهان إذا كانت هذه الفكرة كما يصورها البعض هي من ابتداع واضعي تقنين نابليون أم أنه من واضعي مفسري تقنين " نابليون" و يضيفان أنه قد وقع جدل فقهي كبير غداة صدور تقنين نابليون , فيما يخص النقل الفوري للملكية إلا أن الغلبة كانت لمؤيدي هذه الفكرة لسبب بسيط أن الإشكال لم يطرح بشكل سليم , و الحقيقة حسب رأييهم أنه كان يجب البحث الوقت الذي تنتقل فيه الملكية , و ليس عن طبيعة عقد البيع , و في الأخير يصلون إلى نتيجة مؤدوها أن مبدأ النقل الفوري للملكية لن يعتمد في القانون المدني (2).

---

(1) – voir , J.P.Chazal Et S.Vincente , op cit , p 477 – 479.

(2) – يرى الفقيهان : " أن هذا الانتصار يخدع العيون ، لأن المشكلة في أساسها لم تطرح بشكل صحيح ، فالمشكلة لا تكمن في طبيعة عقد البيع ، لأنه من البديهي أن آثر عقد البيع هو نقل الملكية ، و لكن في الشكل و الوقت الذي تنتقل فيه الملكية .
– ibid , p 477.

2 – **نقل الملكية لدى فقهاء المدرسة القانون الطبيعية** : لقد كان لفقهاء المدرسة القانون الطبيعية دور في إعطاء معنى للالتزام بمنح شيء , و حسب رأي البعض فإن هذه المدرسة هي التي أدت إلى إعطاء المعنى الخاطئ لفكرة نقل الملكية , و عليه و من أبرز فقهاء هذه المدرسة الفقيه "قورتيوس" Grotius الذي تبنى الفكرة الكلاسيكية لنقل الملكية – solo consensus – , و كذلك الفقيه بيفندور – Punendorf –الذي تبنى اتجاه آخر , حيث يرى أن التسليم هو الذي يترتب عليه نقل الملكية كاملة إذ أنه بدون الحيازة و وضع اليد على الشيء لا يمكن الاستفادة من هذا الحق الذي كسبناه (1).

و لكي لا يخالف هذا الفقيه توجه المدرسة الطبيعية التي ينتمي إليها , و خاصة دور الإرادة في نقل الملكية , و بالتالي عدم اشتراط التسليم في نقل الملكية , فإنه بين أمرين لنقل الملكية , أولها ينطلق من الحق في الحصول على الشيء " jus ad rem " المستمد من القانون الكهنوتي , و الذي يستند إلى احترام التعهد , و الذي يخول للشخص الحصول و لو بالقوة عن الشيء الذي وعد به , و من يرى هذا الفقيه , "أن الملكية لها طابع أخلاقي محض , و بالتالي بموجب فإن الشيء المملوك لشخص يخول له الحق في التصرف فيه ", و أما الأمر الثاني فبالإضافة إلى الملكية الأخلاقية " propriété morale ( qualitem mere moralem) ", تضاف إليها الحيازة " domini pleni natura " التي تسمح للمالك أن يستعمل الشيء (2).

3 – **موقف التقنين الفرنسي من هذه الآراء** : لقد تبنى واضعي تقنين نابليون موقف الفقيه "بيفندروف" " pufendorf " , حيث تم اعتماد أسلوب نقل الملكية على مرحلتين , و يستند مؤيدي هذا الموقف على نص المادة 938 من القانون المدني الفرنسي , و على مشروع القانون الصادر سنة 1827 (3).

و لقد تمسك واضعوا القانون المدني الفرنسي بالمفهوم التقليدي لنقل الملكية في مجال تنفيذ العقد أي بمعنى أثر الالتزام , و إذا كـان يبدوا أن القانون المدني قـد تخلى عن المفهوم التقلـيدي , فهذا لا يعدوا

(1)–voir Punendorf , droit de la nature des gens , liv .5. ch.v, III, J , édition bareyrac , p 480 .

(2)- « il existe deux déférentes manières d'envisager la propriété , ou comme une qualité purement morale , en vertu de laquelle une chose appartient a quelqu'un , qui par conséquent a droit d'en disposer , ou comme accompagné d'un pouvoir physique , qui met le propriétaire en état d'en disposer actuellement de la chose selon qu'il le juge a propos , ou ce qui revient a la même chose , on considère la propriété ou en faisant abstraction de la possession qui en est l'entier accomplissement et qui le rend capable de produire pleinement et actuellement ses effets directs , ou comme jointe avec elle ».
- ibid. p480 .
- et voir, Julien Coulet , op-cit , p 341 .

(3)–article 38 : « dés l'instant que le propriétaire a contracté , par un acte authentique , l'obligation de donner ou livrer un immeuble , il en est exproprie, l'immeuble ne peut être saisi sur lui par ces créanciers , l'aliénation qu'il en fait postérieurement est nulle , et la tradition qu'il en aurait pu faire a un second acquéreur ne donne aucune préférence a celui-ci , lequel est obligé de restitue l'immeuble a celui dont le titre est antérieur(…..), / Recueil complet des travaux préparatoires du code civil / 1827, t2 /p 164.

إلا حالة ظاهرة و في الواقع فإن هذا المفهوم مازال معمول به من الناحية الواقعية , و كل ما في الأمر أن نقل مفهوم نقل الملكية أصبح التزاما مجرد و ليس التزام مادي [1].

4 – **<u>موقف القضاء الفرنسي من الالتزام بمنح</u>** : يبدوا أن القضاء الفرنسي عموما و محكمة النقض الفرنسية خصوصا ,لم تتقبل فكرة الالتزام بمنح شيئ , لذا تخلو الأحكام و القرارات القضائية الفرنسية من أي إشارة في حيثيات الأحكام أو القرار إلى هذا الالتزام بشكل صريح باستثناء قرار واحد صادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية لسنة 1991, في مسألة تتعلق بعقود الإطار , و عليه يتبين لنا أن محكمة النقض الفرنسية لا تقر بهذا النوع من الالتزامات , و بالمقابل فهي تستعمل وبإسراف مصطلح الالتزام بعمل , و في حالات أخرى تستعمل مصطلح الالتزام بالتسليم " l’obligation de livrer " في مقابل الالتزام بعمل , و في المحصلة فهذا الالتزام يدخل في نطاق الالتزام بعمل [2].

## الفرع الثاني
## مضمون الالتزام بمنح شيء

من اللحظة التي يكون فيها نقل الحق العيني خارج من إطار تنفيذ الالتزام , و أن مضمون الالتزام بمنح لا يتضمن التسليم المادي للملكية كما يدعيه البعض , **فإنه بالضرورة بما كان أن نتساءل عن مضمون هذا الالتزام ؟**

**1 – <u>وجود طائفة الالتزامات بمنح شيء</u>** : يرى الأستاذ هويت – Huet – أن الالتزام بمنح هو حقيقة موجودة في القانون المدني , و أن هذا الأخير يخصص له قسما كاملا , و ضمن الجزء التمهيدي المتعلق بمختلف طرق الالتزام يذكر دائما بوجود مثل هذا الالتزام [3].

---

(1)- voir Julien Coulet , op-cit , p 343 .

(2) -voire /Cass.Civ3.2 MAI 1968, Bull.n°183 / Cass.Req.21decembre1921, D.1921, 1,62/CASS Req, 21Mai1855, D.1855, 1,421.

- il s’agissait en l’espèce, d’un contrat de distribution de livres des plus classiques un éditeur s’engages a fournir des libraires d’une série des œuvres de –Chateaubriand- a leur demande pour un prix déterminer et pendant un période déterminée .L ‘éditeur ne respecta pas ses engagements soit qu’il était en retard dans les délais de livraison. La cour de cassation prononce « l’obligation contracté par un éditeur de livrer a un libraire, pour un prix et pendant un temps déterminés, tous les exemplaires de son édition que celui-ci demanderait, constitue non pas une obligation de faire, mais une obligation de livrer » .répond la cour de cassation française.

(3) - voir J . Huet : « des différentes sortes d’obligations et, plus particulièrement, de l’obligation de donner, la mal nommée, la mal aimé ».

و عليه فيتساءل هذا الأستاذ عن ما تبقى من مفهوم الالتزام بمنح , خاصة أن واضعي تقنين نابليون قد جعلوا من الالتزام بمنح (نقل حق عيني ) التزام مجرد , و ذلك بتأثير من فقهاء المدرسة الطبيعية .

و كلاسيكيا فإن الفريق المؤيد لتسليم الملكية , يؤكدون أن واضعي التقنين المدني لم ينتبهوا إلى الثورة التي أحدثوها لما قبلوا بفكرة النقل الإرادي للملكية , و بالتالي فقد أكدوا على المفاهيم القديمة للالتزام بمنح , و لا شك في أن نص المادة 1138 من القانون المدني الفرنسي خير دليل على ذلك وقد قيل في هذا الشأن أن هناك عدم دقة و خلط للفكرة , و يرجع البعض هذا الخلط إلى الفقيه "بواتييه Pothier " إذ أنه لم يستوعب بدقة اختلاف المفاهيم [1].

و لقد حاول الفقيه "ماركادي" – Marcadé – أن يعطي تبرير لهذا التوجه في القانون المدني الفرنسي , حيث يرى أن واضعي القانون المدني قد أساءوا إعطاء المصطلح المرادف للالتزام بمنح المنصوص عليه في نص المادة 1136 و مصطلح الاتفاق بمنح – convention de donner – حيث يضيف هذا الأستاذ أن تنفيذ الالتزام بمنح نشأ عن طريق العادات , و أنه لم يكن آنذاك يستوجب النقل المادي للملكية , إذ أن الإرادة وحدها كفيلة بفعل ذلك [2].

و في الحقيقة قد يكون تبرير الأستاذ "ماركادي marcadé " جدي و لكنه غير مقنع و لا يعطي تفسيرا لاتجاه واضعي القانون المدني , و خاصة المادة 1127 من تقنين نابليون الذي يخول إمكانية منح الاستعمال أو الحيازة [3].

و عليه فإن نص المادة السالفة الذكر يتعارض تماما مع التبرير الذي جاء به الأستاذ "ماركادي" – marcadé ", كما أنه لا يمكن تصور أن واضعي تقنين نابليون أرادوا تبني التقسيم الروماني للالتزام على اعتبار أن القانون الروماني قسم الالتزامات إلى ثلاث طوائف , و هي الالتزام بمنح , و الالتزام بفعل و الالتزام بتقديم شيء [4].

---

.
(1)-voir O.MOrita, l’origine doctrinale de l’article 1142 du code civil , essai sur l’adage nemo cogi ptest ad factum , rev gistoire de droit , 1995 , p 201.

(2) -voir Julien Coulet ,op-cit , p 378 .

(3)-l’article 1127 : ( le simple usage ou la simple possession d’une chose peut être , comme la chose même , l’objet du contrat ) .

(4) – يعرف الالتزام في القانون الروماني : ( إن جوهر الالتزام لا يهدف إلى جعلنا مالكين لشيء ما ، أو مالكين لارتفاق، و لكن يهدف إلى جبر شخص نحونا سواء بنقل ملكية , أو فعل ، أو تقديم شيء ما ) ، و نشير في هذا المتن أن هذه ترجمة شخصية للتعريف باللغة الفرنسية و اللاتينية التالية : La définition en français : (la substance des obligations ne consiste pas a nous rendre propriétaire d’une chose ou titulaire d’une servitude mais astreindre une autre personne envers nous soit a transférer la propriété, soit a faire, soit a fournir quelque chose) – la définition en latin : (obligationum substantia non in eo constitit ut aliquod corpus nostrum vel aliquam servitutem nostram faciat sed ut alium obstinget aliquid vel faciendum vel proesidium).

و رغم أن واضعي تقنين نابليون يؤكدون على تبني مبادئ القانون الروماني , إلا أنهم اعتنقوا التقسيم الثنائي و ليس التقسيم الثلاثي للالتزام كما هو في القانون الروماني ، إلا أننا نجد أن محكمة النقض الفرنسية و في قرار لها أشارت إلى هذا الالتزام , و هذا ما اعتبره البعض إقرار من محكمة النقض الفرنسية لهذا الالتزام , إلا أن هذا الأمر يتناقض مع النظام القانوني الفرنسي , ذلك أن القانون المدني الفرنسي لم ينص على هذا النوع من الالتزامات(1).

و بالتالي فالقضاء ليس مصدرا للقاعدة القانونية في النظام القانوني الفرنسي , و بالتالي لا يمكن لهذا القرار أن يكون قاعدة قانونية (2).

2 – **<u>الالتزام بمنح يتضمن الالتزام برد الشيء</u>** : غداة صدور تقنين نابليون لم يلقى الالتزام بمنح قبولا سهلا , فأغلبية الفقه الفرنسي رأوا أن لهذا الالتزام مفهوم واسع , لهذا يعرفون هذا الالتزام بأنه : ( الالتزام الذي يكون موضوعه شيء , بحيث يجب أن تسليم المدين هذا الشيء بغض النظر عن الهدف , سواء كان الهدف نقل الملكية أو تمكينه من الحيازة ) .

إذا كان للالتزام بمنح مفهوم واسع , إذن فلماذا إذن حرف هذا المفهوم في تقنين نابليون ؟ و لماذا لم يعتمد المفهوم الموسع للالتزام بمنح , و أمـا حاليا فيذهب أغلب الفقه إلى الدفاع عن المفهوم الصحيح للالتزام بمنح , و حسب الرأي الجديـد فإن الالتزام بمنح " هـو الالتزام الذي يتم بموجبه نقل حـق عينـي" و قد دافعت السيدة "بريبيس كافالادا Prybys Gavalda " في رسالتها عن هذا التوجه الجديد حيث ترى أن بعض الفقهاء الكلاسيكيين الذين تأثروا بالقانون الروماني, لم يفهموا أو لم يتقبلوا المفهوم الصحيح للالتزام بمنح , و في ظل مدرسة الشرح على المتون تم تحريف المنطق الأصلي لهذا الالتزام (3).

و كما يرى الأستاذ " ديرانتون " أن هناك طائفة من الالتزام بالتسليم يترتب عليها نقل الملكية وأخرى لا و أن الطائفة التي يتم بموجبها نقل الملكية تحت شرط العادة , و بالتالي فإن تسليم الشيء شرط لنقل الملكية (4).

---

(1) -يرى بعض الفقهاء الفرنسيين أنه كان من الأجدر على واضعي تقنين نابليون أن يدرجوا هذه الطائفة من لا الالتزامات في النظام القانوني الجديد .

–et voir / Cass . Req, 21 décembre 1921, D.1921, 1,62 / Cass. Req, 21 Mai 1855, D.1855, 1, 421.

(2) -voir julien coulet / ibid. / p 381 .

(3)- voir Natacha . Prybys Gavalda , la notion d'obligation de donner, thèse Montpellier , 1997 / p 197.

(4) -voir M . Durenton , cours de droit français suivant le code civil , tome10, 1930 , p 403-404.

و عليه و خلال بداية القرن العشرين , بدأت مرحلة ثانية لتجريد مفهوم المال , فبعدما كان الشيء المادي هو الذي يمكن نقله , تسليمه أو إرجاعه , هذا الشيء أصبح الآن – الحق الذي يقع على الشيء le droit qui porte sur la chose – و من هنا أيضا أصبح الالتزام بمنح التزام غير مادي , و من هنا نشأ الالتزام بنقل حق عيني [1].

## الفرع الثالث

## الالتزامات التي تدخل في نطاق الالتزام بمنح

لقد أشرنا سابقا أن الالتزام بمنح شيء , هو التزام ذا مفهوم واسع و بالتالي فهو يتضمن عدة التزامات أو صور إذا صح التعبير , و يمكن حصر هذه الصور في صورة الالتزام بالتسليم بالمعنى الدقيق الالتزام برد الشيء ( إرجاع الشيء ) , الالتزام بالتوريد , و في الأخير الالتزام بالمحافظة على الشيء , و في شأن هذا الأخير لا يعتبر التزاما تاما يدخل ضمن طائفة الالتزام بمنح , فهو في الحقيقة التزام تبعي ينشأ كلما كان المدين بمنح شيء ليس هو المالك الحقيقي لهذا الشيء .

1 – **<u>الالتزام بالنقل التام</u>** : نكون أمام طائفة من هذه الالتزامات , في كل الفرضيات التي يكون فيها المدين ملزم بنقل – تسليم – الشيء , دون أن ينقل حقا عينيا على هذا الشيء , و بالتالي فهو ملزم بتسليم الشيء في هذه الحالة , و مثال على ذلك ما نصت عليه المادة 476 من القانون المدني الجزائري و يقابل هذا النص نص المادة 564 من القانون المدني الفرنسي , و كذلك نفس الأمر بالنسبة لعقد العارية المنصوص عليه بموجب المادة 538 من القانون المدني الجزائري , و التي تقابلها المادة 635 من القانون المدني المصري , و المادة 1892 من القانون المدني الفرنسي , و عليه فإن هذا الالتزام يكون كلما كان المدين ملزم بتسليم الدائن شيئا تنفيذا للعقد [2].

---

(1) – يعود هذا الأمـر إلى تأثير طبقة الفيزيوقراط مثل كيسناي – Quesnay –(1694–1774) , فإليه ترجع فكرة الجديدة للأموال ، حيث غلب هذا الأخير فكرة حرية تنقل الأموال ، و الملكية الحصرية ، كما انتقد إمكانية وجود عدة حقوق متنافسة على ذات الشيء ، و بالتالي يرى ضرورة تمكين شخص واحد من الاستحواذ على كل الحقوق على الشيء ، بحيث يمكنه الانتفاع الكلي و الحالي منه ، و يستند لتبرير رأييه على نص المادة 2279 من تقنين نابليون ، و كذلك فكرة النقل الملكية عن طريق الإرادة ./ – أنظر عادل جبري محمد حبيب , المرجع السابق ، ص 272.

- et voir N.Prybys – Gavalda , op -cit , p 202.

(2) – نشير أن محكمة النقض الفرنسية خلعت عن هذا العقد الطابع العيني ، و هذا بموجب القرار الصادر بتاريخ عن الغرفة المدنية بتاريخ 28 مارس 2000.

2 – **الالتزام برد الشيء** : يتضمن هذا الالتزام برد الشيء دون خلق ملكية , إذ يهدف هذا الالتزام بنقل الشيء المحاز عليه أو المستعمل عادة لمالكه , مثل التزام المستأجر برد العين المؤجرة وفقا للمادة 502 –503 من القانون المدني الجزائري , و تقابلها المادة 590 من القانون المدني المصري والمادة 1730 من القانون المدني الفرنسي , و كذلك بالنسبة لعارية الاستعمال المنصوص عليها 545 في القانون المدني الجزائري , و تقابلها المادة 642 من القانون المدني المصري , و المادة 1902 من القانون المدني الفرنسي .

3 – **الالتزام بتسليم الشيء** : يتضمن عقد البيع التزامين هامين , و هما الالتزام بالتسليم و الالتزام بالضمان , و يكون التسليم ليس بالتسليم المادي بالمعنى الدقيق, و لكن وضع الشيء تحت تصرف المشتري في الوقت المتفق عليه حتى يتمكن من أخذه (1).

و نشير أن هذا الالتزام لا يمكن إدراجه ضمن الالتزام بعمل , لأنه لا يهدف هذا الالتزام إلى خلق الثروة و لكن فقط بنقل الثروة , و كذلك لا مجال للحديث عن خدمة مادية من طرف البائع في غالب الأحيان , فيكون التسليم إما بتسليم الشيء ذاته , أو تسليم شيء رمزي يقوم مقام الشيء وبالرجوع إلى نص المادة 367 من القانون المدني الجزائري التي تنص على : " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري , بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق و لو لم يتسلمه تسلما ماديا , ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك و يحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع ", و يقابل هذه المادة 435 من القانون المدني المصري , و المادة 1605 من القانون المدني الفرنسي .

4 – **الالتزام بالمحافظة على الشيء** : لقد أشرنا أن هذا الالتزام ليس التزام قائم بذاته , بل هو التزام تبعي يدخل ضمن طائفة الالتزامات بمنح شيء , و يتميز هذا النوع من الالتزام بأنه التزام بتحقيق نتيجة بقدر ما هو محدد في العقد و هو غير قابل للتنفيذ العيني الجبري (2).

و إذ أشرنا بأن هذا الالتزام هو التزام تبعي , فهذا لا يعني أنه ليست له أهمية , بل بالعكس فلهذا الالتزام الأهمية بما كان , بحيث أنه يعطي معنى للالتزام الأصلي , إذ يجبر المدين و مهما كان نوع العقد , أن يحافظ على الشيء الموعود على الحالة الأولى (3).

---

(1)– لم تتضمن المادة 1603 من القانون المدني الفرنسي من ضمن التزامات التي تترتب عن عقد البيع ، الالتزام بنقل الملكية وهذا ما يؤكد أن واضعي القانون المدني الفرنسي لم يتبنوا فكرة تسليم الشيء لنقل الملكية في الالتزام بمنح .

(2)– لا يمكن إلزام المدين على التنفيذ العيني في هذه الحالة ، أي لا يمكن إجباره على المحافظة على الشيء ، و بالتالي فإن التزام المدين إما أن يكون تاما و بالتالي يسلم الشيء على حالته الأولى ، أو أن لا يقوم بذلك و بالتالي يؤدي هذا الإهمال إلى إتلاف الشيء بشكل جزئي أو كلي .

(3)–voir Julien Coulet , op-cit ,p 389-390 .

## المطلب الثاني
## الالتزام بعمل

يقسم الالتــزام عــادة إلى التزام بمنح شيء ما , و التزام بعمل , و كذلك التــزام بامتناع عــن عمل و بالنظر إلى التنفيذ العيني للالتزام يعتبر الإلتزام بعمل التزام حساس نوعا ما , ذلك أن القانون المدني لم يكن واضحا في تحديده لمفهوم الإلتزام بعمل ( أو الإلتزام بامتناع عن عمل ) (1).

و نفس الأمر بالنسبة للالتزام بمنح شيء , خاصة أن المشرع سواء في الجزائر أو مصر أو فرنسا يقر لهذا النوع من الإلتزام نظام قانوني خاص (2).

و هذا ما يتنافى مع المبدأ العام المنصوص عليه في المادة 106 – 107 من القانون المدني الجزائري , و التي تقابلها المادة 147–148 من القانون المدني المصري , و المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي , و عليه فإن هذه الطائفة من الالتزامات لا تكون محل للتنفيذ العيني بدليل نص المادة 175 من القانون المدي الجزائري , و المادة 214 من القانون المدني المصري , و المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي .

و يتضمن الإلتزام بعمل طائفتين من الإلتزام و هما الإلتزام بعمل و الإلتزام بالامتناع عن عمل ولعل سبب تقسيم هذا النوع من الإلتزام إلى طائفتين غير واضحة , على الأقل بالنسبة لعلاقة هذين الطائفتين مع مسألة التنفيذ العيني (3).

و عليه و لمعرفة النظام القانوني للالتزام بعمل أو الإلتزام بعدم عمل , خاصة و أن هذا الأخير يتميز بنزع من الخصوصية و بالتالي حري بنا أن نحاول معرفة مكمن الفرق بين هاتين الطائفتين .
– و لقد نظم القانون المدني في العديد من المرات الإلتزام بامتناع عن عمل , و يمكن تعريف الإلتزام بالامتناع عن عمل : " بأنه التزام المدين عن عدم القيام بعمل " أو هو تعهد من المدين بعدم إتيان عمل معين من الأعمال كان بوسعه أن يأتيها لــولا هذا الإلتزام " , و بالتالي قد يبدو مدهشا أن يكون الامتناع

---

(1) أنظر رأي د / أنور سلطان ، و د / عادل جبري محمد حبيب : " غير أن هذا التقسيم التقليدي – و الذي استمد أصوله من القانون الروماني – و إن كان يتميز ببساطته , إلا أنه لا يتمشى مع المنطق القانوني القديم , فليس هناك في حقيقة الواقع ، التزام موضوعه إعطاء شيء معين ، إذ جوهر هذا الإلتزام يتحصل في نقل ملكية شيء أو ترتيب حق عيني آخر عليه ، و هذا الأثر يحدث بفعل القانون نفسه إذا توافرت ظروف معينة يحددها ، دون أن يكون للمدين أي دخل في ذات حدوثه ." / د–عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 273 .

(2) -voir Julien Coulet , op-cit , p 392-393 .

(3) - راجع الموقع الإلكتروني التالي : http://www.bh30.com/vb3/showthread.php?t=23864

محل الإلتزام و لمدة طويلة يمتنع فيها المدين عن الإتيان عن عمل , و بالتالي فإن التنفيذ العيني يقتضي تدخلا من طرف المدين , و يكون الامتناع عن عمل إما بتصرف قانوني أو عمل مادي و مثال ذلك أن يمتنع المدين عن عدم المنافسة , أو عدم إفشاء أسرار .

- الإلتزام بامتناع عن عمل , هو التزام بتحقيق نتيجة بغض النظر عن الوسيلة , و بالتالي فإن أي إخلال يترتب عليه قيام مسؤولية المخل , كما أن هذا الإلتزام هو التزام مستمر , بحيث أن المدين ملزم بالامتناع عن عمل طيلة المدة المحددة في العقد .

- يتضمن الإلتزام بالامتناع عن عمل نوعين من الامتناع , فإما أن ينصب الامتناع عن عمل بذاته أو عن تصرف معين , و من أمثلة الامتناع عن عمل بذاته , الامتناع عن إفشاء معلومات سرية تم الحصول عليها أثناء فترة المفاوضات , أما المثال عن النوع الثاني من الإلتزام بامتناع عن عمل الامتناع عن المنافسة .

- يبدوا أن للتفرقة بين الإلتزام بعمل و الإلتزام بالامتناع عن عمل أهمية بالغة من حيث التنفيذ العيني فيتميز الامتناع عن عمل بالطابع الشخصي المحض , من اللحظة التي تتقيد فيها حرية الشخص على شيء ما أو نشاط ما , و يعتبر هذا المنع منعا شخصيا على الشخص المتعهد , و بالتالي فإن الامتناع عن عمل هو دائما ذو طابع شخصي , لأنه لو كان دو طابع جماعي فإنه سيؤدي دور هو حصري على القانون , و بالتالي لا يتصور أن العقد قادر على هذا الدور .

- إن الطابع الشخصي للالتزام بالامتناع عن عمل , يترتب عليه عدم قابلية هذا الإلتزام للتنفيذ العيني الجبري في حالة امتناع المدين عن التنفيذ , فالامتناع عن المنافسة مثلا , لا يمكن تنفيذها من طرف الغير في حالة امتناع المدين عن ذلك , و بالتالي فإنه لا أهمية لدور الغير في مثل هذه الحالات , على خلاف الإلتزام بعمل إذ يمكن التنفيذ العيني من طرف الغير .

و خلاصة القول أن للالتزام بالامتناع عن عمل طابع خاص من حيث التنفيذ العيني , ففي الإلتزام بعمل يمكن في حالات معينة اللجوء إلى التنفيذ العيني الجبري عن طريق دعوى مستقلة عن دعوى المسؤولية الناتجة عن عدم التنفيذ العيني من طرف المدين , أو التقصير أو التأخير في التنفيذ العيني بينما الدعوى في الإلتزام بالامتناع عن التنفيذ العيني , تكون دعوى مختلطة فهي تهدف في آن واحد إلى إلزام المدين باحترام التزاماته المستقبلية , وإتلاف الشيء الذي تم على خلاف ما تم الاتفاق عليه , و في آن واحد قيام المسؤولية المدنية نتيجة عدم احترام الالتزامات التعاقدية من طرف المدين [1].

(1) -Voir Julien Coulet , op-cit , p395 .

و قد يبدوا غير منطقيا أن نتطرق إلى الإلتزام بالامتناع عن عمل , في معرض تطرقنا إلى الإلتزام بعمل , و الحقيقة أننا انتهجنا هذه الطريقة حتى نبين مكمن الاختلاف بين الالتزامين , و حتى يمكننا تحديد نطاق كل التزام والتي هي جديرة بالدراسة من خلال هذا المطلب .

و عليه يمكننا تعريف الالتزام بعمل : "و يقصد به التزام المدين بأي عمل لا يؤدي إلى إنشاء حق عيني أو نقله لمصلحة الدائن , كالتزام العامل العمل في متجر , والتزام المودع لديه حفظ الوديعة " [1].

و في تعريف آخر : " هو التزام شخص (المدين) بالقيام نحو شخص آخر ( الدائن) بتنفيذ بأي خدمة تتمثل في إنجاز عمل إيجابي أو سلبي [2].

و يمكن أن نلاحظ من هذا التعريف أن الالتزام بعمل هو ذو مفهوم واسع فهو يتضمن الالتزام بصنع الالتزام بتمثيل , الالتزام بالإعلام , الالتزام بالأمن , و كذلك الأمر بالنسبة للالتزام بالتسليم والتوريد و الالتزام بالمحافظة على الشيء , و عليه فإن مصطلح "عمل " يتضمن مفهوم دلالي واسع بحيث يتضمن كل أمر يتعلق بتنفيذ خدمة أو القيام بعمل .

و لقد كان لواضعي تقنين نابليون تصور في تقسيم الالتزامات , حيث قسموا الالتزام إلى طائفتين رئيسيتين , و هما الالتزام بمنح , و الالتزام بعمل بما يتضمنه من شقه الإيجابي و السلبي ولقد كان للفقه تأثير كبير في شرحه لنص المادة 1136 من تقنين نابليون , حيث ضيق الفقه من مفهوم الالتزام بمنح شيء , و قصره على الالتزام بنقل حق عيني , مما فسح المجال للالتزام بعمل بأن يتضمن العديد من الالتزامات إن لم نقل كل الالتزامات , ماعدا الالتزام بنقل حق عيني .

و مما سبق ذكره , فإن الالتزام بعمل يتضمن العديد من الالتزامات , و بالتالي فمن العسير أن نحصي كل هذه الالتزامات , و عليه سنحاول التطرق إلى تحديد مفهوم الالتزام بعمل في **الفرع الأول** ثم نتطرق إلى الالتزام بعمل في مجال الابتكارات الفنية في **الفرع الثاني** , و في **الفرع الثالث** ستطرق إلى الالتزام بعمل في مجال عقود العمل .

---

(1) راجع الموقع الإلكتروني التالي : http://fedaa.alwehda.gov.sy/_archive.asp?FileName=–

(2) – voir , Ph .Malaurie, L.Aynes et Ph.Stoffel-Munck , droit civil des obligations t.8, 2 ème édition , 2005 , p 12.

## الفرع الأول
## مفهوم الالتزام بعمل

يبدوا أن المفهوم الموسع للالتزام بعمل , يجعل منه صعب المنال في تحديد هذا المفهوم بصفة دقيقة و يرجع هذا الأمر لتطور تاريخي ينسب إلى – المعلقين – les glossateurs , حيث تبنى هؤلاء التفرقة التي كانت معتمدة في رومــا "ROME" , و ذلك ليتخلصوا من النوع الثالث من الالتزامات – l'obligation de praestare , و يدرجوهــا ضمن طائفـة الالتزام بعمل , و قد أدى هـذا الأمــر إلى خلق نقاش حــاد , و طرح تساؤل حول ما إذا كان يمكن إخضـاع كل الالتزامات بعمل إلى نظام عدم قابليتها للتنفيذ العيني الجبري , دون البحث مجددا عن كل الالتزامات التي لا تندرج ضمن الالتزام بمنح هي التزامات بعمل[1].

و لقد اهتم كل من الفقهاء "فنيوس" , و" بارتول" , و الفقيه "كيجاس" , و بالأخص الفقيه "بواتييه" بمسألة التنفيذ العيني و بخاصة الالتزام بعمل , و قد فرق هؤلاء في الالتزامات بعمل – obligation de facere– بين تلك التي تقبل التنفيذ العيني و التي لا تستند على الطابع الشخصي , و بين تلك التي لا تقبل التنفيذ , إلا أن واضعي تقنين نابليون لم يتبنوا هذا التقسيم , و اعتبروا بدون أي نقاش أن كل الالتزامات بعمل غير قابل للتنفيذ العيني [2].

كما حاول السيد "فينسنت" – vincente– أن يجد معيار آخر , لتحديد مفهوم الالتزام بعمل، وكان متأثرا بهذا بالسيد "أوفرستاك – overstake " , حيث ميز هذا الأخير بين الالتزامات بعمل حسب طريقة التنفيذ , والتي تستوجب تدخلا من طرف المدين [3].

و يذهب الفقيه "فينست" إلى إيجاد مفهوم جديد للشيء أو المال بناءا على المعيار الوظيفي , حيث يـــرى : ( أن التفرقة بين الالتزام بعمل و الالتزام بمنح شـــيء , تتحدد بناءا علــى وظيفة المال , إذا كان

---

(1)–voir Julien Coulet , op-cit , p 399 .

(2) - يبدوا أن الرأي الذي تبناه واضعي تقنين نابليون هو تقنين متصلب و يفتقد إلى نوع من الموضوعية ، ذلك أن تقسيمهم للالتزامات لم يكن تقسيما مقبولا في وقتنا الحالي ، و عليه فإما أن يتم الاعتراف بالالتزام بمنح شيء وإعطائه المعنى الصحيح والكامل أو إما أن هذا النوع من الالتزام غير موجود ، وبالتالي فإن كل الالتزامات ماعدا الالتزام بنقل حق عيني هي التزامات بعمل ، و في كلا الحالتين فإن التفرقة غير ضرورية.

(3)–voir S.Vincente , l'activité en tant que bien, réflexions sur les fondements de la distinction des obligations de faire de donner / thèse Grenoble 2 ,1992. Tomes 2, p 210.
– et voir J.f.Overstake , essai de classifications des contrats spéciaux , LGDJ ,1969 , P 79.

معد للاستعمال أو أعتبر كقيمة مدخرة ) , و عليه فيخلص السيد "فينسنت" إلى تعريف الالتزام بعمل : " بأنه العمل الذي يخلق ثروة لم تكن موجودة من قبل , من خلال النشاط الرئيسي للمدين " (1).

و يبدوا من خلال هذا الرأي أن المعيار الاقتصادي يضفي نوع من التوازن , و يساعد على تمييز الالتزام بمنح شيء , مع استبعاد طائفة الالتزام بالتسليم , و بالتالي فإن الالتزام بمنح شيء لا تتلاءم مع فكرة الاغتناء بينما الالتزام بعمل يشمل أغلب الالتزامات , و هذا ما عبر عنه السيد "كورنو" – Cournu – حيث قال : " يوجد حاليا نوعين مستقلين تماما من العقود , الأول يستند على الاستغلال الاقتصادي للشيء , و الثاني يستند على النشاط الإنساني " (2).

## الفرع الثاني

## تطبيق الالتزام بعمل في مجال الابتكار الفني

نشير أن الالتزام بعمل هو التزام يشمل صورة متعددة و مختلفة لأنواع النشاط التي يتفق الأطراف على القيام بها , و عليه فإننا لا يمكننا أن نسرد كل هــذه الصور , و على هذا الحال اخترنا أهم العقود و أكثرها طرحا للنقاش فيما يخص التنفيذ العيني الجبري .

مما لا شك فيه أن الممارسة الفكرية الإبداعية من أشرف الممارسات الإنسانية , و من هذه الممارسات تتبلور ثقافات الأمم و تتبنى الحضارات , لذلك استحق أفرادها التكريم و التقدير و إصباغ الحماية على إنتاجهم بكافة أشكاله الأدبية و الفنية و الصناعية , و تمكينهم من استغلال حقوقهم الفكرية المترتبة على هذا الإنتاج , لحفظ حقوقهم و إحاطتهم ببيئة محفزة و كطمأنة على خلق الإبداع و تطوره و من هذا المنطلق ظهرت حماية الملكية الفكرية و رعاية حق المؤلف و الناشر و حماية مصالحهم .

يعتبر مجال الابتكار الفني من المجالات التي تتصف بالطابع الشخصي , ذلك أن بعض الأشخاص لهم من المواهب و القدرات , بحيث يكون نشاطهم سببا للتعاقد معم و بالتالي يكون محل للالتزام , وقد عرف الفقيه الفرنسي "ديبوا" – Desbois – النشاط الإبتكاري بأنه :" ذلك النشاط الذي يؤدي إلى تحقيق أعمال أصلية , دون أهمية في أن يتعلق ذلك النشاط بالمجال الفني أو الأدبي أو العلمي ".

و إننا في هذا المجال لسنا بصدد البحث عن مـتدى صحة هذا التعريف أم لا ؟ , و لكن بصدد البحث عن مــدى إمكانية خضوع هــذا النشاط الإبتكاري للتنفيذ العينــي الجبري طالما أن هــذا النشاط

---

(1) −voir S .Vencente , op cit , p 215.

(2) –voir G.Cournu , cours de droit civil , 2 ème année , 1972-1973 , p 373.

هو نشاط إنساني فردي , فلو مثلا أن صاحب مسرح تعاقد مع فنان مشهور على إحياء حفلة , و تم الإعلان إلى الجمهور على هذا الأمر , و في اللحظة الأخيرة يرفض هذا الفنان الغناء , فهل يتصور أن يجبر على الغناء .

## الفرع الثاني

## تطبيق الالتزام بعمل في مجال الابتكار الفني

نشير أن الالتزام بعمل هو التزام يشمل صورة متعددة و مختلفة لأنواع النشاط التي يتفق الأطراف على القيام بها , و عليه فإننا لا يمكننــا أن نسرد كل هذه الصور , و على هذا الحال اخترنـا أهم العقود و أكثرها طرحا للنقاش فيما يخص التنفيذ العيني الجبري .

ومما لا شك فيه أن الممارسة الفكرية الإبداعية من أشرف الممارسات الإنسانية , و من هذه الممارسات تتبلور ثقافات الأمم و تتبنى الحضارات , لذلك استحق أفرادها التكريم و التقدير , و إصباغ الحماية على إنتاجهم بكافة أشكاله الأدبية و الفنية و الصناعية , و تمكينهم من استغلال حقوقهم الفكرية المترتبة على هذا الإنتاج , لحفظ حقوقهم و إحاطتهم ببيئة محفزة و كطمأنة على خلق الإبداع و تطوره و من هذا المنطلق ظهرت حماية الملكية الفكرية و رعاية حق المؤلف و الناشر و حماية مصالحهم .

و يعتبر مجال الابتكار الفني من المجالات التي تتصف بالطابع الشخصي , ذلك أن بعض الأشخاص لهم من المواهب و القدرات , بحيث يكون نشاطهم سببا للتعاقد معم و بالتالي يكون محل للالتزام ، وقد عرف الفقيه الفرنسي "ديبوا" – Desbois – النشاط الإبتكاري بأنه :" ذلك النشاط الذي يؤدي إلى تحقيق أعمال أصلية , دون أهمية في أن يتعلق ذلك النشاط بالمجال الفني أو الأدبي أو العلمي " [(1)].

و إننا في هذا المجال لسنا بصدد البحث عن مدى صحة هذا التعريف أم لا , و لكن بصدد البحث عن مدى إمكانية خضوع هذا النشاط الإبتكاري للتنفيذ العيني الجبري , طالما أن النشاط الإبتكاري هو نشاط إنساني فردي , فلو مثلا أن صاحب مسرح تعاقد مع فنان مشهور على إحياء حفلة , و تم الإعلان إلى الجمهور على هذا الأمر , و في اللحظة الأخيرة يرفض هذا الفنان الغناء , فهل يتصور أن يجبر على الغناء .

---

(1) -voir Desbois (h) , le droit d’auteur en France , 2eme édition Dalloz , paris ,1966 , p 05 .

و لقد طرح تساؤل يتعلق بالنشاط الإبداعي علــى القضاء الفرنسي , في القضية الشهيرة "روزا بونور" – Rosa bonheur – , و تتلخص وقــائع القضية في أن رسـام تعاقـد مـع شخص على رسم لوحة فنية , و هذا ما شرع بالقيام به الرسام "روزا بونور" , و لكنه فيما بعد توقف إتمام اللوحة والأمر الذي أدى بالمتعاقد معه إلى رفع القضية أمام القضاء , و المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري , و قد أجابت محكمة " فونتان بلو" fontaine bleu " لطلبه تحت غرامة تهديدية **(1)**.

غير أن محكمة استئناف باريس أبطلت الحكم , بقرار صادر بتاريخ 4 جويلية 1865 , و قد جاء في حيثيات القرار : " إن عدم تنفيذ المدين لالتزام بعمل يترتب عليه الحق في التعويض العيني و منه فلا مجال حينئذ لتحديد أجل للتنفيذ العيني تحت التهديد المالي عن كل يوم تأخير , خاصة و أن المدين يرفض التنفيذ العيني , و بما أن السيد" روزا بونور" عبر عن رفضه لعدم التنفيذ , الأمر الذي يستوجب معه الحكم بالتعويض المطلوب " **(2)**.

و يبدوا من خلال هذا القرار أن أي عمل فني إبداعي , هو غير قابل للتنفيذ في حالة امتناع المدين على التنفيذ و مهما كانت وسيلة الإكراه , و عليه فالمبدأ الذي أستقر عليه الفقه و القضاء في فرنسا هو استبعاد الإكراه المباشر و غير المباشر من نطاق الالتزامات الابتكارية , فالقوة الملزمة للاتفاق تسمح للمؤلف الإبتكاري الخروج على مبدأ الاحترام الواجب الاتفاقات العقدية **(3)**.

و في قضية كلاسيكية أخرى عرضت على القضاء الفرنسي , حول مدى وجوب تسليم شيء فني و تتلخص وقائع القضية في أن شخص تعاقد مع فنان "ويستلر" – whistler – على أن يرسم له لوحة فنية , مقابل مبلغ مالي محدد , إلا أن الرسام رفض تسليم اللوحة بسبب قلة الثمن , خاصة و أن اللوحة حازت إعجاب الجمهور لما عرضها في معرض , فقام فيما بعد بإرجاع المبلغ , الأمر الذي جعل المتعاقد الآخر , يطلب أمام القضاء تنفيذ الاتفاق , الأمر الذي استجابت إليه المحكمة مستندة في ذلك بأن الاتفاق يعتبر عقد بيع , و بالتالي يستلزم على المدين تسليم الشيء المبيع , و بعدها تم استئناف الحكم أمام مجلس الاستئناف الذي أبطل الحكم على أساس أن التزام الرسام هو التزام بسيط بعمل لا يستوجب نقل للملكية و تسليم الشيء للدائن **(4)**.

---

(1) -voir Paris .14 Mars 1962, D.1963, note Esmein, p 104.

(2)– voir Cour d’appel de Paris , 4 juillet 1865 , S.1865.2.233.D.1865, p 201.

(3)– راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 280.

- et voir Julien coulet , op-cit, p471

(4)- voir T .De Seine , 20 Mars 1895 , D.1898.2.465/ S.1900.2.201/Annales 1898, p 116.

- « attendu que la convention par laquelle un peintre s’engage a exécuté un portrait, moyennant un prix détermine, constitue un contrat d’une nature spéciale, en vertu duquel la propriété du tableau n’est définitivement acquise a la partie qui la commandé que lorsque l’artiste a mis ce tableau a sa disposition ».

و عرض الأمر مرة أخرى على محكمة النقض الفرنسية , فقضت هذه الأخيرة أن التنفيذ العيني الجبري في مثل هــذه الحالات غير مقبول , لأنه يشكل إجبــار غير محتمل على الحريــة الإبداعية للرسام , و منه فقد رفضت محكمة النقض طلب , و مما جاء في حيثيات القرار :" الاتفاق الذي بموجبه يتعهد فنان برسم لوحة مقابل أجر , يكون تاما من لحظة الاتفاق على الشيء و الثمن , غير أن هذا الاتفاق يعد عقدا ملزما للجانبين من طبيعة خاصة و على هذا فإن ملكية اللوحة لا تنتقل بصفة نهائية إلى العميل , إلا من اللحظة التي يضع فيها الفنان اللوحة تحت تصرفه " (1).

و نشير أن هذه الأحكام و القرارات لم تكن محل إجماع لدى الفقه , فهناك فريق من الفقهاء أيد اتجاه محكمة النقض الفرنسية , أما فريق آخر فقد عارض هذا التوجه وفق تبريراته الخاصة (2).

و نحن بدورنا لن نخوض في هذا الجدال الفقهي , أو ذاك فالذي يعنينا هو موقف التشريعات الثلاث محل الدراسة من هذا الأمر و بالتالي سنحاول الوقوف على موقف كل من التشريع الجزائري و الفرنسي و المصري .

**1 – <u>موقف المشرع الجزائري</u>** : لقد قرر المشرع الجزائري حماية خاصة للفنان على مصنفه , فقد نصت المادة 24 من الأمر رقم 03–05 الصادر بتاريخ 23 جمادى الأول عام 1424 الموافق لـ23 جويلية 2003 على : " يمكن للمؤلف الذي يرى أن مصنفه لم يعد مطابقا لقناعته أن يوقف صنع دعامة إبلاغ المصنف إلى الجمهور بممارسة حقه في التوبة , أو أن يسحب الصنف الذي سبق نشره من جهة الإبلاغ للجمهور عن طريق ممارسة حقه في السحب " .

غير أنه لا يمكن للمؤلف ممارسة هذا الحق إلا بعد دفع تعويض عادل عن الأضرار التي يلحقها عمله هذا بمستفيدي الحقوق المتنازل عليها " (3).

---

(1) – من الفقهاء المؤيدين اتجاه محكمة النقض الفرنسية نجد الفقيه – فريش Frech – حيث يرى أن :"الفنان هو صاحب الأمر و النهي على لوحته ، حتى اللحظة التي يتخلى فيها عن حيازتها " ، كذلك هناك فقهاء آخرون أيدوا هذا المعنى ، منهم الأستاذ إسكارا Escara ، و الفقيه اسمان Esmein ، كولومبت colombet ، و أندريه فرنسوا andré françois .

(2) – أما الفريق المعارض فنجد ويستلر ، و الفقيه بلانيول حيث يرى :' حينما يكون المصنف تاما و ناجزا ، أن نقضي بأن هناك على ملكية الآخرين ، من قبل الفنان الذي يتلف مصنفه أو يرفض تسليمه "، أما الفقيه بليزون Plaisant فيرى :" بأن الكاتب أو الفنان الذي يمتنع بطريقة تعسفية عن نقل ملكية أو تسليم مصنف ، انتهى من تنفيذه ، ينبغي أن يخضع للتنفيذ العيني المفروض ". للتفصيل أكثر في هذه المواقف راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، مرجع سابق ، ص 302–303–304.

(3) – راجع الأمر رقم 03–05 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق ل23 جويلية 2003 يتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة , منشور في الجريدة الرسمية عدد 44 .

و عليه يظهر أن المشرع الجزائري و على غرار التشريع الفرنسي و التشريع المصري , قد تبنى قاعدة الخروج عن القوة الملزمة للعقد , و أقر للمؤلف الحق في أن يخل بالتزاماته مع المستفيد , و أن يطلب إما سحب مصنفه أو تعديله , وقد اشترط المشرع الجزائري لحدوث هذا الأمر أن يدفع هذا الفنان تعويضا عادلا للمستفيد من المصنف.

2 – **<u>موقف التشريع الفرنسي</u>** : لقد أعترف المشرع الفرنسي بهذه الحماية المقررة للفنان , وذلك بموجب القانـون الصادر في 11 مارس 1957 في نص المادة 32 بقولها :" بالرغم من تنازل المؤلف – حتى بعد نشر مصنفه – عن حقوق الاستغلال فإنه يتمتع بالحق فـي التعديل والسحب في مواجهة المحال إليه "[(1)].

و نشير فقط أن المشرع الفرنسي استعمل مصطلح – التوبة – و في اعتقادنا أن هذا النص لا يوحي بالمفهوم الديني , و إنما المقصود به العدول عن رأي اتخذه من قبل , و عليه و مهما يكن من مفهوم فإن المشرع الفرنسي خرج عن القواعد العامة , التي تقرر القوة الملزمة للعقد , و سمح للفنان باسم الحق الأدبي أن يخرج عن نطاق تطبيق هذه القاعدة .

**3** – **<u>موقف التشريع المصري</u>** : لقد أعترف التشريع المصري و على غرار العديد من التشريعات بنوع من الحماية المقررة للفنان على مصنفه , و قد نصت المادة 144 من القانون رقم 82 , الصادر بتاريخ 03 جويلية 2002 الموافق لـ 21 ربيع الأول 1423 هـ المتضمن قانون حماية الملكية الفكرية بقولها :" للمؤلف وحده – إذا طرأت اسباب جدية – أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بمنع طرح مصنفه للتداول أو بسحبه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه في حقوق الاستغلال المالي و يلزم المؤلف في هذه الحالة أو يعوض مقدما من الت اليه حقوق الاستغلال المالي تعويضا عادلا يدفع في غضون اجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم " [(2)].

---

(1) – voir l'article 32 de la loi n° 57-298 du 11mars sur la propriété littéraire et artistique qui stipule : « Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer.
Lorsque, postérieurement à l'exercice du droit de repentir ou de retrait, l'auteur décide de faire publier son œuvre, il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originairement choisi et aux conditions originairement déterminées » .

(2) – للتفصيل أكثر راجع القانون رقم 28 الصادر سنة 2002 ، و الذي أغلى القانون رقم 57 لسنة 1939 المتعلق بالعلامات والبيانات التجارية ، و القانون رقم 132 لسنة 1949 المتعلق بشأن براءات الاختراع و الرسوم و النماذج الصناعية ، عدا أحكام براءات الاختراع الخاصة بالمنتجات الكيمائية المتعلقة بالأغذية و المنتجات الكيميائية الصيدلية ، فألغيت اعتبارا من جانفي 2005 والقانون رقم 354 لسنة 1954 المتضمن حث المؤلف .

و عليه فقد قرر المشرع المصري و على غرار التشريعات الآخرى , السلطة الكاملة بعد نشر مصنفه و بمقتضى حقه الأدبي في أن يعمل على إبطال القوة الملزمة للاتفاقات , و ذلك بأن يقوم بسحب مصنفه أو تعديله و كذلك الحال بالنسبة للمؤلف الذي يمتنع عن تسليم مصنفه , فإذا كان المؤلف الذي قد منح مصنفه يحق له أن يقوم بتعديله أو حتى سحبه , فمن باب أولى أن يحق للمؤلف أن يمتنع عن تقديم مؤلفه .

## الفرع الثالث

## تطبيق الالتزام بعمل في مجال عقود العمل

يكتسي عقد العمل في وقتنا الحاضر مكانة في غاية الأهمية و الحساسية , ذلك لارتباطه بمناحي كثيرة للدولة المدنية الحديثة , و كذلك لما يترتب من حقوق و التزامات , لهذه الاعتبارات ولاعتبارات آخرى أصبح عقد العمل من أهم العقود التي أثارت انتباه الفقه , و بالتالي فإن التساؤل الذي يطرح دائما هو في تحديد الالتزامات التي يلتزم بها المتعاقد مقابل الأجر الذي يتقضاه [1].

حينما يبرم العامل العقد , فإنه يضع نفسه تحت سلطة و إشراف رب العمل , و بالتالي فإن رب العمل يستمد سلطة من خلال حقه في ملكية مشروع المؤسسة , كما يستمد هذه السلطة من خلال العقد المبرم بينه و بين عماله , مما يخول له الحق في إدارة نشاطهم طيلة مدة العقد , و أمام هذا الوضع فإن التساؤل الذي يطرح , هو مدى خضوع هذا العقد لمبدأ التنفيذ العيني الجبري للالتزام .

**و على ضوء هذه الإشكالية القانونية سنحاول التطرق إلى مدى حق العامل في رفض تنفيذ العمل في مقابل حق رب العمل في التنفيذ العيني للالتزام .**

**1 – <u>مدى حق العامل في الامتناع عن تنفيذ الالتزام بعمل</u>** : يوصف عقد العمل بأنه عقد شخصي أي بمعنى أن هذا العقد يراعي فيه شخصية العامل فشخص العامل و قدراته الجسدية و الفكرية غالبا ما يعتمد عليها صاحب العمل في تنفيذ الالتزام , إلا أنه قد يحدث أن يمتنع العامل بأن يقوم بتنفيذ التزامه و بالتالي فهل يحق لرب العمل أن يقوم بجبره على تنفيذ الالتزام , و الحقيقة أن رب العمل لا يستطيع فعل ذلك , و يقول الأستاذ أندريه ديكوك–André Decocq– :" أن العامل يلتزم بأداء ذات العمل المتفق عليه , فإن امتنع فلا يجوز استخدام الإكراه حياله , فالعامل يجب أن يؤدي العمل بمحض رغبته " [2].

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 323.

(2)– voir André Decocq , essai d’une théorie générale des droits sur la personne , thèse doctorat en droit, N°814 , Paris,1957 , p 284 .

و يخضع عقد العمل للقواعد العامة للعقود بوجه عام , إلا أنه و بالمقابل يخضع للقانون , و كذلك الاتفاقيات المشتركة , و بالتالي فإن كان يحق للعامل و رب العمل أن يتفقا على شروط معينة في العقد فإنه يجب أن تكون هذه الشروط موافقة للقانون و كذلك الاتفاقية المشتركة , و بالتالي ففي حالة عدم تنفيذ العامل لالتزاماته فلا يمكن جبره على فعل ذلك , و عليه فإن التزام العامل يدخل ضمن طائفة الالتزامات بعمل , هذا ما يجعل من هذا الالتزام غير قابل للتنفيذ العيني الجبري , و لعل تصور خلاف ذلك لم يكن مستساغ في فترة تدوين تقنين نابليون , و هي كذلك غير مستساغة في وقتنا الحاضر خاصة في ظل تنامي الدفاع عن الحقوق الأساسية , و بالتالي فالقول بالتنفيذ العيني الجبري لالتزام العامل يؤدي إلى الرجوع بنا إلى نوع من العبودية (1).

و بشأن الحل المقترح في مواجهة هذه الحالة , فعلى مستوى القضاء سواء في الجزائر أو مصر أو فرنسا فليس ثمة هناك أحكام قضائية حسمت هذه المسألة , و الحكم الوحيد الذي عرض على القضاء الفرنسي سنة 1892 , و لكنه لا يتعلق بإكراه العامل أو عدم إكراهه على تنفيذ الالتزام , و إنما يتعلق بالغرامة المنصوص عنها , بالإضافة إلى التعويض المقرر لرب العمل (2).

و هذا ما انتهى إليه الفقيه "كاميرلينك" , بأن المخرج الوحيد هو الحكم على العامل بالتعويض النقدي , إذا حدث و أخل بالتزامه بأداء العمل المطلوب (3).

و لعل هذا يتماشى مع نص المادة 175 من القانون المدني الجزائري التي تنص على : ( إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ , حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن و العنت الذي بدا من المدين ) ويقابل هذه المادة في التشريع المصري المادة 214 من القانون المدني المصري , و المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي .

**2 – مدى حق رب العمل في إنهاء عقد العمل :** يتجه الفقه و القضاء إلى تكريس فكرة سائدة بأن التنفيذ العيني بإعادة العامل المفصول , أمر لا يتلاءم و الطبيعة التي يتميز بها عقد العمل , و يبرر هذا الرأي على أساس أن رب العمل قد أظهر إرادته في عدم التعامل مع الطرف الآخر ( العامل المفصول) و بالتالي فإن إجبـاره على الاستمرار مع هـذا الطرف , من شأنه أن يـؤدي إلى اضطراب سير العمل

---

(1) – راجع المادة 2 من الاتفاقية المتعلقة بالعمل القصري ، الصادرة عن مؤتمر العمل الدولي : " في مفهوم هذه الاتفاقية ، يقصد بتعبير العمل الجبري " العمل الجبري أو الإلزامي " كل أعمال أو خدمات تغتصب من أي شخص تحت التهديد بأي عقوبة و لم يتطوع هذا الشخص بأدائها بمحض اختياره".

(2) - voir Julien Coulet , op-cit , p 478 .

(3)- voir , Cass Civil 16 Mars 1892 , D.P , 1893, 1,277.

كما أنه إذا سلمنا بأنه لا يمكن إجبار العامل على التنفيذ الجبري لالتزامه , و لما في ذلك من مساس بحرية و كرامة العامل , فإنه بالمقابل لا يمكن فرض هذا الأمر على رب العمل لأن مثل هذا الفرض يشكل اعتداءا و انتهاكا لشخص رب العمل . سير العمل , كما أنه إذا سلمنا بأنه لا يمكن إجبار العامل على التنفيذ الجبري لالتزامه , و لما في ذلك من مساس بحرية و كرامة العامل , فإنه بالمقابل لا يمكن فرض هذا الأمر على رب العمل لأن مثل هذا الفرض يشكل اعتداءا و انتهاكا لشخص رب العمل , و قد اتجه القضاء الفرنسي إلى تقرير هذا الاتجاه مند وقت بعيد , فقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر بتاريخ 18 جويلية 1916 , و قد جاء في قرارها ما يلي :" بأن التزام رب العمل يعد التزاما بعمل يخضع لحكم المادة 1142 من المجموعة المدنية , و من ثم فإن إخلال رب العمل بتنفيذ التزامه لا يخول العامل سوى الحق في طلب التعويض " (1).

و لقد تعددت الأحكام و القرارات القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي في نفس هذا الاتجاه , أي عدم إمكانية التنفيذ العيني الجبري لرد العامل إلى منصب عمله , إلا أننا نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد توجهت إلى تقرير إعادة إدماج العامل , و ذلك بموجب القرار الصادر عن الدائرة الإجتماعية الصادر بتاريخ 14 جويلية سنة 1972 , و قصت فيه : " أن فصل العامل ممثل العمال في المشروع , بغير إتباع الإجراءات التي فرضها القانون يعتبر تعديا ماديا , يجوز لقاضي الأمور المستعجلة وقفه بالأمر بإعادة العامل المفصول عن عمله " (2).

و في المؤتمر المنعقد بباريس بتاريخ 10 أفريل 1970 , أشار فيه الحاضرون إلى ضرورة التزام رب العمل بإعادة العامل المفصول تعسفيا , إلا أن هذا الأمر يواجه عقبة افتقار النصوص القانونية إلى جزاء مؤكد يمكن به إجبار رب العمل على احترام ذلك الالتزام (3).

و أما بالنسبة للجزائر تنص المادة 9 من الأمر رقم 21/96 المؤرخ في 9 جويلية 1996 المتممة والمعدلة للمادة 73 من القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل حيث تخول لرب العمل الحق في تعويض العامل بدلا من إعادة إدماجه إلى منصب عمله (4).

---

(1) – هناك جانب من الفقه من ينتقد توجه القضاء الفرنسي , حيث يقول الأستاذ الفرنسي جان ديدييه –jean didier– أن مدى حجة رفض إعادة العامل إلى منصب عمله تبدو نسبية للغاية في حالة المشروعات الكبيرة ، فلا يتصور كيف تبدو العودة و كأنها شيء غير محتمل ، فالعودة قد تثير صعوبات في حالة المنشآت الصغرى ، حيث يحتمل تفاقم العداء ، و لكن هل يكفي هذا لنفترض استبدال التنفيذ العيني أليا بالتعويض .

(2) – أشار إليه د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 337.

(3) – و عليه يبدو أن هذه الحماية هي مقررة ليست مقررة للعامل , و إنما لممثل العمال ، و بالتالي ليس هناك أحكام قضائية تتجه إلى تقرير الحماية للعامل العادي.

(4) – راجع أحكام المادة 9 من الأمر رقم 21/96 المؤرخ في 9 جويلية سنة 1996 يعدل و يتمم القانون رقم 90–11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل .

و عليه , يظهر جليا أن المشرع الجزائري قد تبنى في أول الأمر فكرة التنفيذ العيني الجبري لإعادة العامل إلى منصب عمله , إلا أن المشرع الجزائري قد عدل عن هذا التوجه , و أصبح يرفض فكرة التنفيذ العيني الجبري في مثل هذه الحالات , و بالتالي فإن رفض رب العمل إعادة إدماج العامل يترتب عليه إلزام هذا الأخير بدفع تعويض مقابل هذا الرفض .

و بالنسبة للتشريع المصري فإنه سلك نفس اتجاه التشريع الفرنسي , إذ بالرجوع إلى نص المادى 48 الفقرة الأولى من القانون رقم 35 لسنة 1976 , و المعدل بالقانون رقم لسنة 1981 والمتعلق بالنقابات العمالية , حيث حرم القانون المصري على صاحب العمل أن يقوم بفصل العامل عضو مجلس المنظمة النقابية لخطأ يقترفه , و عليه أعتبر القانون هذا الطرد باطلا و كأن لم يكن وبالتالي يستمر عقد العمل قائما بين طرفيه منتجا لكافة فيما بينهما لكافة آثاره [1].

و عليه , نرى أن كل من التشريع الفرنسي و التشريع المصري لم يقبلا بفكرة التنفيذ العيني بالنسبة لإعادة إدراج العامل إلى منصب عمله , إلا أنه يستثنى هذا الحكم , إذا كان العامل عضو منظمة نقابية بينما لا يحض العامل الضعيف بهذه الحماية , أما بالنسبة للتشريع الجزائري فلم يتضمن مثل هذا الاستثناء , و نحن نرى أن المشرع حسن ما فعل في مثل هذا الحكم , إلا أننا نرى بأن بمنع التنفيذ العيني لإعادة إدراج العامل إلى منصب عمله , ليس بالأمر الذي يستحيل تنفيذه , و إن استعصى الأمر في بعض الحالات فإنه لا يكون كذلك في حالات آخرى , و بالتالي كان من الأجدر على المشرع الجزائري أن يضع قواعد وأحكام تسعى إلى تسهيل التنفيذ العيني في مثل هذه الحالات.

## المطلب الثالث
## الالتزام بالامتناع عن عمل

يكون محل الالتزام في هذه الحالة , هو امتناع المدين عن القيام بعمل معين , و قد نصت المادة 174 من القانون المدني الجزائري على :" إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل و أخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام , و يمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين " و تقابل هذه المادة من القانون المدني المصري 212 من القانون المدني المصري , و المادة 1143 من القانون المدني الفرنسي , و نشير أن النصوص الثلاث محل الذكر تتضمن نفس الحكم , و ذلك في حالة الالتزام بامتناع عن عمل , و إخلال المدين بهذا الالتزام

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 338.

**و بالتالي فإن التساؤل الذي يطرح هو هل يخضع هذا النوع من الالتزام للتنفيذ العيني الجبري ؟**

إن المادة 173 من القانون المدني الجزائري تتضمن في طياتها احتمالين , **فالأول** أن تتم المخالفة للامتناع عن عمل , و بالتالي يصبح التنفيذ العيني الجبري مستحيلا , و لا يبقى في هذه الحالة إلا التعويض العيني النقدي عما حصل من ضرر , أما **الثاني** قد يكون التعويض العيني فيها ممكنا عن طريق إزالة ما استحدث خلافا لما تم الاتفاق عليه [(1)].

و يتميز الإلزام بالامتناع عن عمل ببعض الخصائص ,التي تميزه عن الالتزام بعمل , فالالتزام بالامتناع عن عمل هو التزام بتحقيق نتيجة , بغض النظر عن الوسيلة , و بالتالي فإن مجرد قيام المخالفة البسيطة يترتب عليها قيام مسؤولية المخالف , و في هذا المجال فإن الامتناع يجب أن يستمر في الزمان الذي تم الاتفاق عليه , بموجب العقد , كما يتميز هذا النوع من الالتزام بأنه غير قابل للتنفيذ العيني الجبري في أغلب الحالات [(2)].

## الفرع الأول
## مضمون الإلتزام بالامتناع عن عمل

تضمنت المادة 173 من القانون المدني الجزائري النص على الالتزام بالامتناع عن عمل وبالرجوع إلى مضمون هذه المادة التي تنص على : " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل و أخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام , و يمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين " , و تقابلها في القانون المصري المادة 212 مدني مصري , و أما بالنسبة للقانون الفرنسي , فقد نص عليها المشرع الفرنسي في نص المادة 1143 مدني فرنسي : " لكن يحق للدائن طلب إزالة ما تم مخالفا للاتفاق , و يمكنه أن يحصل على ترخيص ( من القضاء ) للقيام بالإزالة على نفقة المدين , دون الإخلال بالتعويضات في حالة ما إذا وجد " [(3)].

---

(1) – راجع د / منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص 53 .

– و راجع د / نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 93.

(2) –voir Julien Coulet , op-cit , p 392 .

(3) – نشير أن مضمون المادة 1143 مدني فرنسي المذكور في المتن هي ترجمة شخصية للباحث ، و في هذا الصدد أنظر النص الحرفي للمادة باللغة الفرنسية :

- l’article 1143 du code civil français stipule : « Néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu » .

و من خلال استقراء نصوص المواد السالفة الذكر , يمكننا أن نصل إلى نتيجة أنه في حالة مخالفة الالتزام بالامتناع عن عمل , و أخل المدين بهذا الالتزام , فإنه يحق للدائن أن يطلب الإزالة **والسؤال المطروح هو المقصود بالإزالة ؟** , فهل يعني هذا التهديم الذي استعمله المشرع الفرنسي – détruire – و حسب الأستاذة "روجي دي بوبي" Roujou de boubee " ترى أن كل الاجتهادات القضائية التي تثير بشكل صريح نص المادة 1143 مدنـي فرنسي , تشير كلها إلى الهدم المادي لبعض المباني والإنشاءات [(1)].

و عليه , فإذا كان حجم الأحكام و القرارات التي صدرت تتضمن أوامر بتهديم المنشآت التي تم إنجازها مخالفة لدفتر الشروط هي كثيرة , فهذا لا يعني أن المادة 176 مدني جزائري و المادة 212 مدني مصري , و المادة 1143 مدني فرنسي تعني حصريا مفهوم الإزالة أو التهديم , بل بالعكس فإن المواد السالفة الذكر تتضمن مفهوما موسعا للإزالة أو الهدم [(2)].

و بالرجوع إلى مجمع الأحكام القضائية في فرنسا , يمكننا أن نستخلص أن القضاء الفرنسي لم يحصر تفسير نص المادة 1143 مدني فرنسي في إزالة أو تهديم البناء , بل امتد تطبيق نص المادة السالفة الذكر إلى الالتزام بعدم المنافسة , و نسوق في هذا المجال القرار الصادر الغرفة الإجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 جانفي 1979 , حيث نقضت محكمة النقض الفرنسية حكما قضى بتحميل المدين ( أجير ) دفع تعويضات بسبب إخلاله بالتزامه بعدم المنافسة , حيث رأت محكمة النقض الفرنسية أن هذا النزاع يدخل في نطاق تطبيق المادة 1143 مدني فرنسي , و بالتالي كان على قضاة الموضـوع أن لا يكتفوا بالحكم على المدين بالتعويضـات , و إنما كان ينبغي الحكم عليه بإزالة المخالفة و ذلك بغلق المحل التجاري [(3)] .

و نشير أن القضاء الفرنسي متردد في الأخذ بتفسير واحد لمضمون المادة 1143 مدني فرنسي إذ بعد أن قررت محكمة النقض الفرنسية أن مضمون المادة 1143 مدني فرنسي لا تشمل فقط الإزالة أو الهدم , بل يمتد ليشمل حتى وقف المنافسة غير المشروعة , إلا أننا نتفا جئ بقرار صدر عن محكمة

---

(1) – voir julien coulet , op-cit , 486 .

(2) – بالرجوع إلى القاموس الفرنسي اللاتيني قافيوت – gaffiot – فالاشتقاق اللغوي لكلمة تهديم – détruire – من المصطلح اللاتيني – destruo – و تعني التهديم , كما تعني هدم الحق – détruire le droit – للتفصيل أكثر راجع الموقع الإلكتروني : http://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php?p=509

(3) - voir julien coulet , op-cit , p487

- et dans le même sens voir la décision de la cour d’appel de Versailles rendu le 05 novembre 1993, au terme de laquelle la cour reconnaît sous le visa de l’article 1143 que : « la mesure sollicitée qui est limitée au seul exercice au sein d’une clinique , s’avère seule de nature a faire cesser a l’avenir la concurrence irrégulière et illégitime pratiquée par un médecin a l’encontre d’un centre chirurgical au mépris de l’obligation d’abstention par lui contractée » .

صيدلية , بحجة أن المدعي لم يثبت الضرر الناتج عن المنافسة .

و الواقع أن المدعي لم يستطع تقديم الإثبات بحجم الضرر بسبب عجزه عن دفع تكاليف الخبرة وبالتالي اكتفى بطلب غلق المحل , الأمر الذي لم يستجيب له , و منه يظهر أن تفسير محكمة النقض الفرنسية لمضمون المادة 1143 مدني فرنسي ليس تفسيرا واحدا , بل هناك أحكام و قرارات تضمنت أحكاما بوقف المنافسة , و أخرى بمنع التمثيل فوق الخشبة , و هناك في حكم حديث متعلق بطلب إعادة إدماج تطبيقا لاتفاقية جماعية , إلا أن بعض من الفقه يرى أن هذا الحكم لم يكن صائبا بل كان نتيجة لخطأ محكمة النقض الفرنسية , و أنها في أحكام لاحقة استدركت الأمر و صححت الخطأ [(1)].

## الفرع الثاني
## طبيعة الالتزام بالامتناع عن عمل

يثور التساؤل في شأن هذا النوع من الالتزامات حول طبيعته القانونية , ففي حالة إخلال المدين بالتزامه المتفق عليه , و بادر الدائن إلى إزالة ما تم إنجازه بعد أن حصل على إذن من القضاء وبالتالي فإن التساؤل يطرح حول طبيعة هذه الإزالة هل تعتبر تنفيذا عينيا للالتزام الأصلي أم أنها تعويض عيني لمخالفة الالتزام .

إن تحديد طبيعة هذا الالتزام يستند إلى جملة من التبريرات لتأكيد هذه الطبيعة أو تلك و منه سنحاول عرض مختلف هذه التبريرات للوصول إلى تحديد طبيعة هذا الالتزام بصفة دقيقة و واضحة .

**1**– إن الحكم على المدين بإزالة ما قام به مخالفا للاتفاق لا يتفق مع ما هو مطلوب منه و المتمثل في تنفيذ الالتزام الأصلي , و بالمقابل لا يمكن أن يتحول الالتزام الذي يطالب الدائن بتنفيذه إلى طلب بدفع مبلغ مالي , بالإضافة إلى هذا فإن السمة الإرضائية للدائن لا تتحقق بالإزالة لسبب بسيط أنه توجد فترة زمنية بين وقت المخالفة و إزالتها , الأمر الذي لا يمكن إصلاحه إلا بالحكم على المدين بالتعويض ومنه فإن مخالفة الالتزام بالامتناع يترتب عليها دائما الحكم بالتعويض , هذا ما يجعل الإجراءين مرتبطين , و بخاصة أنهما ينتميان إلى نفس الطائفة ( المسؤولية ) و يهدفان إلى وقف المخالفة [(2)] .

---

(1) – voir julien coulet , op-cit , p 488 .

- a moins que cette jurisprudence soit le fruit d'une confusion de la cour de cassation entre réparation en nature et exécution en nature, et que de ce fait elle soit revenue par des arrêts en 1997 sur cette erreur.

(2) – voir julien coulet, op-cit, p 489.

**2**- إن مخالفة الالتزام بالامتناع عن عمل المنصوص عليه في المواد 173 مدني جزائري , و المادة 212 مدني مصري , و المادة 1143 مدني فرنسي تتعلق أساسا بالتنفيذ العيني للالتزام بالامتناع عن عمل مستمر في المستقبل , و بالتالي فإن وقف المخالفة ليس له أي أثر بالنسبة للماضي و إنما فقط بالنسبة للمستقبل , و منه في حالة الامتناع عن عمل المستمر فإن إزالة المخالفة يجعل تنفيذ الالتزام المتبقي تنفيذا سليما , بحيث أن هذا الإجراء يجبر المدين على أن ينفذ الالتزام المتبقي تنفيذا سليما وهذا ما يجعل الإجراء المنصوص عليه في المواد السالفة الذكر ليس تنفيذا عينيا , و إنما هو وسيلة لإبقاء التنفيذ المتبقي سليما .

**3**- إن كل التبريرات التي قيلت من أجل إنكار إجراء التنفيذ العيني الذي تضمنته المادة 1143 مدني فرنسي غير كافية , فليس مهما أن يتعلق الإجراء بمحل الالتزام , كما ليس مهما أن يحدث الإجراء إكراها على شخص المدين , و أن الدائن غير راضي بشكل تام عن هذا الإجراء ( الإزالة ) , فإعادة الحالة إلى ما كانت عليه بالإزالة لا يهدف إلى استيفاء حقوق الأطراف المتعاقدة في مواجهة مخالفة تتعلق بالتنفيذ فهذا الأمر تقوم به المسؤولية المدنية , و منه فيهدف الإجراء مؤقتا إلى استمرارية تنفيذ الالتزام المخل به في المستقبل بشكل سليم .

4- إن الخلط الحاصل بين إزالة المخالفة كإجراء للإصلاح , و إزالة المخالفة كإجراء للتنفيذ العيني مرده إلى أنه في هذه الحالة لوقف التعويض يحب وقف المخالفة , و هذه نتيجة لطبيعة التنفيذ المستمر للالتزام ففي الالتزام بوقف المنافسة غير المشروعة على سبيل المثال , فإن غلق المحل التجاري يسمح للقاضي بتحديد المدة التي تمت فيها المخالفة , و منه تحديد قيمة التعويض , على شرط أن لا يكون هذا الأمر ناتج بشكل عرضي , بحيث لا تؤدي الإزالة إلى تحقيق الغرض منها للفترة التالية من تقريرها , و منه ففي فرضية أن مخالفة التزام بعدم المنافسة خلال خمس سنوات و في الستة أشهر الأخيرة , لا يكون معه منطقيا الحكم بالإزالة و غلق المحل بحجة إصلاح المخالفة .

و في نفس هذا السياق فما الذي يمنع الدائن من المطالبة بالتعويض عن الضرر , دون أن يطلب إزالة المخالفة , ففي هذه الحالة فإن المدة المتبقية هي التي يمكن إصلاحها بشكل كلي , ومنه فإنه كثيرا ما يثار هذا التبرير لتوضيح هشاشة هذا إجراء الإزالة , و خاصة أنه ليس هناك ما يمنع الدائن من الاكتفاء فقط بالتعويض , و بالمقابل ليس هناك ما يمنع المدين من أن يخالف الالتزام مرة ثانية , و منه يجب مرة أخرى إجبار المدين بموجب إذن من القضاء على إزالة المخالفة , و من هنا يظهر أن الإجراء المنصوص عليه بموجب المادة 1143 يهدف إلى الوصول إلى تحقيق التنفيذ العيني للالتزام الذي يطالب به الدائن **(1)**.

---

(1) – voir julien coulet , op-cit , p 491 .

**5**- لقد جرت المحاكم الفرنسية على اعتبار أن الإجراء المنصوص عليه بموجب المادة 1143 مدني فرنسي , و هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في العديد من القرارات , و مما قضت به محكمة النقض الفرنسية أنه ليس من الضروري إثبات الضرر من أجل طلب إزالة ما تم تنفيذه مخالفا للالتزام المتفق عليه , و الذي يخالف الالتزام بالامتناع عن عمل , و منه فضرورة إثبات الضرر يرتبط أساسا بفكرة المسؤولية , و لا يتعلق بالتنفيذ العيني للالتزام [(1)].

و منه فإن الإجراء المنصوص عليه في المادة 1143 مدني فرنسي , و بمنظور محكمة النقض الفرنسية هو تنفيذ عيني جبري , بحيث أن هذا الإجراء يساعد على تنفيذ الالتزام بالامتناع عن عمل تنفيذ عينيا جبريا [(2)].

و أما بالنسبة لطبيعة الإجراء في المادة 173 مدني جزائري , نجد أن المشرع الجزائري قد أدرج هذا الإجراء ضمن أحكام التنفيذ العيني و بالتالي فبمنظور التشريع الجزائري فإن إزالة ما تم مخالفا للالتزام بعمل يعتبر تنفيذا عينيا , و نحن بدورنا نرى أنه يجب التفرقة بين مرحلتين , و هما المرحلة التي تمت فيها المخالفة , و في هذه الحالة نرى و حسب رأيينا أن هذه الإزالة لا تعتبر تنفيذا عينيا طالما أن المتعاقدان لم ينصا في اتفاقهما على هذا الالتزام , و أما بالنسبة للمرحلة التالية للمخالفة ففي هذه الحالة يمكننا الحديث عن تنفيذ عيني لالتزام بامتناع عن عمل , فالتنفيذ العيني ينتهي عندما تبدأ المخالف , و عندما تنتهي المخالفة يبدأ التنفيذ , و منه يمكننا القول بأن الإجراء المنصوص عليه بموجب المادة 173 مدني جزائري يتضمن تنفيذا عينيا .

و هذا ما ذهب إليه فريق من الجمهور إلى أن الالتزام بالامتناع عن عمل إذا قام المدين بالعمل الممنوع , فطالب الدائن بإزالة المخالفة التي وقعت , كانت الإزالة تنفيذا عينيا للالتزام بالنسبة للمستقبل فهي ليست تعويضا عينيا , إذ أن الدائن في هذه الحالة لن يحصل بالنسبة للمستقبل على مقابل لما التزم به المدين , بل عين ما التزم به بمنع لعمل الذي التزم المدين بالامتناع [(3)].

---

(1) – voir Cass .Civ .novembre 1965 , Bull, n° 604 : « doit être cassé l'arrêt qui statuant sur une demande tendant uniquement a la démolition d'ouvrages édifies , dans un immeuble en copropriété, par l'un des copropriétaires et portant aux droits personnels de propriété et de Jouissance des autres, ordonne une expertise au fins d'évaluer le préjudice de ces derniers, bien que reconnaissant que la condamnation en nature sollicitée n'était pas impossible et que le demandeur avaient intérêt a l'obtenir ».

(2) – voir julien coulet, op-cit, p 492.

(3) – نشير أن هناك فريق يذهب إلى تقرير عكس ذلك ، إذ يرى أن إزالة المخالفة تعويض عيني عن الإخلال بالالتزام تأسيسا على أن تنفيذ الالتزام السلبي يكمن في مجرد الامتناع ، لا في إزالة المخالفة .

و أما بالنسبة المادة 212 مدني مصري تنص " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الإلتزام جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للإلتزام .وله أن يطلب من القضاء ترخيصا فى أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين ".

## الفرع الثالث
## مجال الالتزام بالامتناع عن عمل

قد يبدوا أن مجال الالتزام بعمل يقتصر فقط على الإزالة , و الواقع أن للالتزام بعمل أمثلة كثيرة فبائع المتجر قد يلتزم بعدم منافسة المشتري في المتجر الذي باعه منه , و منه يكون التزامه بعدم المنافسة التزاما بالامتناع عن عمل , و تتعدد صور الالتزام بالامتناع عن عمل , فإذا التزم عامل على أن لا يعمل في مصنع منافس لمدة زمنية معينة , فهذا التزام بالامتناع عن عمل , و الممثل أو المغني إذا تعهد أن يمثل أو يغني أو أن لا يغني في غير مسرح معين يكون قد التزم بالامتناع عن عمل ويبدوا من خلال هذه الأمثلة أن الالتزام بالامتناع عن عمل مصدره العقد (1).

و كما قد يكون مصدر هذا الالتزام هو القانون , فالجار ملتزم بأن لا يضر بجاره ضررا يخرج عن مضار الجوار المألوفة , و الطبيب و المحامي ملزمان بكتمان السر المهني , و الالتزام بالإمتناع عن عمل , كالإلتزام بنقل حق عيني , هو إلتزام بتحقيق غاية و من ثم يكون الالتزام بعدم الإضرار بالغير عن خطأ هو إلتزام ببذل غاية (2) .

و خلاصة القول أن الالتزام بالامتناع عن عمل قد يكون مصدره العقد أو القانون , و يعد الالتزام بالامتناع عن عمل من قبيل الالتزام بتحقيق غاية , شأنه في ذلك شأن الالتزام بنقل حق عيني , و من ثم يعد الالتزام بعدم الإضرار بالغير عن خطأ هو التزام بتحقيق نتيجة , و المتمثلة بعدم الإضرار بالأخرين أي أن المدين ملزم بتحقيق الإمتناع عن العمل , و لا يكفي منه أن يبذل جهد أو أي درجة من العناية في سبيل تحقيق ذلك .

و مادام المدين ممتنعا عن العمل الذي إلتزم بالامتناع عنه , فهو قائم بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا

---

(1) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 746 .
– د / عبد الرحمان احمد جمعة الحلالشة ، المرجع السابق ، ص 68 .
(2) – المرجع نفسه ، ص 747 .

و يتغير الموقف إذا أخل بهذا الالتزام , و أتى العمل الممنوع فعندئذ نكون أمام عقبة عدم التنفيذ العيني للالتزام بالامتناع عن عمل , **و بالتالي هل يمكن في مثل هذه الحالة تحقيق التنفيذ و كيف يتم ذلك ؟**

إن الإشكالية التي تطرح في مجال الالتزام بعمل أو الإمتناع عن عمل تتمثل في حالة ما إذا إمتنع المدين عن تنفيذ التزامه , أو أنه قام بعمل إلتزم على عدم القيام به , و بالتالي فهل يمكن جبره على القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل , و الحقيقة أن مجال الالتزام بعمل أو الإمتناع عنه يخضع لقاعدة قانونية جوهرية في مجال التنفيذ العيني , و مضمون القاعدة تنص على أنه " لا يجبر أحد على عمل لم يرغب القيام به " , و قد إستمد واضعي تقنين نابليون هذا من القاعدة اللاتنية التي تنص على : " Nemo potest......... " , و هذا ما برر به بيقو بيريمونو – Bigot-Preameneu في عرضه أمام الهيئة التشريعية تفسيرا لنص المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي بقوله : " إن سبب أن لا أحد يجبر في شخصه على فعل أو الإمتناع عن فعل , فلو تحقق هذا يعتبر عنف – إكراه– و منه لا يمكن إعتبارها طريق من طرق تنفيذ العقد " **(1)**.

و عليه , و في نظر واضعي القانون المدني الفرنسي فإن استعمال القوة ضد شخص المدين أمر مرفوض , وبالتالي لا يمكن قبول فكرة أن يمنح القضاء ترخيص للجوء إلى استعمال القوة ضد المدين إرضاءا للدائن , بالإضافة إلى أن منطق الأشياء يناقض هذا , فكيف يمكن إجبار شخص على الغناء أو على إتمام البناء .

و قد تكون طبيعة بعض الالتزامات قابلة للتنفيذ الجبري , كأن يمتنع فنان عن الغناء أو أداء دور في مسرحية , ففي هذه الحالة قد يتصور منع هذا الأخير من الصعود فوق خشبة المسرح , أو إرغامه على النزول منها , و لكن هذه الحالة تصطدم مع مبدأ أساسي في مجال تنفيذ الالتزام , و هو عدم إمكانية إرغام شخص على القيام بشيء رغم عنه , أو بالمقابل منعه على عدم فعل شيء و هو راغب فيه فالتصديق بهذا يعتبر ضربا لحرية الفرد و مساسا بشخصه , و منه يرى البعض أن الالتزامات التي يتوقف تنفيذها على شخص المدين هي غير قابلة للتنفيذ العيني , و في حالة إمتناع المدين عن التنفيذ فلا يبقى للدائن إلا المطالبة بالتعويض .

و نشير أن الالتزامات ذات الطابع الشخصي و التي لا تقبل التنفيذ الجبري على اعتبار أنها تؤدي إلى المساس بحرية المدين , و قد تم تبنيها في العديد من النصوص القانونية نذكر منها مبادئ القانون الإروبي للعقود في نص المادة العاشرة فقرة 102 , و كذلك في نص المادة 7 الفقرة الثانية من مبادئ القانون الموحد **(2)**.

---

(1)- voir – Patrick werry , op-cit , p 74 .

(2) – l'article 10 :102 des principes de droit europeen du contrat stipule : « (1) Le créancier d'une =

و عليه تستند هذه النصوص القانونية في منع إستخدام القوة إجبار المدين على التنفيذ العيني على عدة إعتبارات نذكر منها ما يلي :

– أن أي حكم يتضمن تنفيذ جبري لخدمة أو عمل ذا طابع شخصي , يشكل مساسا بشخصية المدين وحريته .

– أن أي خدمة أو عمل يتم تحت وقع التنفيذ فإنه لن يحقق السمة الإرضائية للمدين .

– كما أنه من الصعب على أي جهة قضائية أن تراقب التنفيذ الجيد لأحكامها[(1)].

و على العموم فإذا كان موضوع الحق هو الإمتناع عن عمل و أخل به المدين , فللدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا له , كأن يعلي مالك عقار الجدار الفاصل بينه و بين الجار بما يزيد عن ما هو مسموح به قانونا , بحيث تسبب التعلية حجب الهواء و النور على هذا الجار , و منه يحق لهذا الأخير بعد إعذار المعتدي و إمتناع هذا الأخير عن إزالة المخالفة , أن يلتجئ إلى القضاء ليجبره على أن يعيد الجدار إلى الحد المقرر قانونا . و للقاضي السلطة التقديرية في قبول أو رفض هذا الطلب , كما لها أن تجيز بإزالة الإعتداء على نفقة المعتدي , و قد تضمن كل من القانون المدني الجزائري و القانون المدني المصري , و كذلك القانون المدني الفرنسي على مثل هذا الحكم [(2)] .

و في الأخير ففي الالتزام بالإمتناع عن عمل يجب أن ينفذ هذا الالتزام بحسن نية شأنه في ذلك شأن تنفيذ كل الإلتزامات , و في حالة ما إذا نفذ المدين الالتزام بسوء نية , فيكون هذا الأخير مخلا بإلتزامه .

---

= obligation autre que de somme d’argent a droit d’exiger l’exécution en nature, y compris la correction d’une exécution défectueuse.
(2) Toutefois, l’exécution en nature ne peut être obtenue lorsque
(a) l’exécution serait impossible ou illicite .
(b) elle comporterait pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables.
(c) elle affecte le débiteur en sa personne
(d) ou le créancier peut raisonnablement obtenir l’exécution par un autre moyen.
(3) Le créancier est déchu du droit à l’exécution en nature s’il manque
à la demander dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l’inexécution.

(1) – إن الخدمة أو العمل ذات طابع شخصي ذا مفهوم واسع ,و منه يستثنى فقط الأفعال التي يمكن تفويضها ، أو أن يقوم بها شخص بدلا عن المدين .

(2) – راجع المادة 173 من القانون المدني الجزائري ، و المادة 212 من القانون المدني المصري ، و المادة 1143 من القانون المدني الفرنسي .

# المبحث الثالث

# الضوابط الواردة على التنفيذ العيني للالتزامات العقدية

يعتبر العقد وسلية حضارية يتعامل بموجبها الأفراد في المجتمع المدني المتحضر , و لعلنا لا يمكن تصور مجتمع منظم يفتقد إلى هذه الوسيلة , أو على الأقل يحوزها لكن لا يولي لها الأهمية اللازمة ففي تصورنا أنه لن يكون هناك تنظيم مطلقا , و لن يكون هناك تطور أو رقي , و لا شك في أن القانون يأتي ليدعم بجانب العقد و يرسخ الأسس الحقيقة للقيم الإجتماعية في المجتمع .

و العقد عنوان الثقة بين الأفراد المتعاقدة , إلا أن هذه الثقة قد تكون مختلة , أو ينقصها نوع من الانضباط و ذلك نتيجة لاختلال بين أطراف العقد , أو بسبب ظروف خارجية تتغير معها الظروف التي تم التعاقد فيها , مما يختل معها تنفيذ الالتزام , و من عنا تظهر الحاجة ملحة إلى قدر من الضوابط القانونية , يجب مراعاتها عند التنفيذ العيني للالتزام , وعليه ينبني العقد على نوع من العدالة العقدية ذلك أن الاختلال بين أطراف العقد يؤدي إلى هدم العقد من أساسه , و بالتالي تظهر الحكمة من هذه الضوابط في الحفاظ على توازن العقد , و يرسم له الطريق الذي يؤدي إلى تحقيق أهدافه .

و من المبادئ الأساسية التي يستند عليها العقد , مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزام , فبينما عرف التشريع الألماني والتشريع السويسري هذا الأمر مند زمن طويل , لم يعرف التشريع الفرنسي هذا المبدأ إلا مند السبعينات , لقد كان لهذا المبدأ في نطاق العقود معنى واسع مستمد من الأخلاق ومنه ففي الواقع أن مبدأ حسن النية سواء في القانون الفرنسي , أو القانون الروماني أو حتى القانون المقارن يتضمن موقفين نفسيين , فالموقف الأول فهو يشكل وسيلة لحماية الاعتقاد الخاطئ , أو الجهل المشروع لحق شخصي أو واقعة مادية , و بالمقابل فإن سوء النية هي معرفة ذلك [(1)].

و يتجسد مبـدأ حسن النية في مجـال إجراءات إبرام العقد , فـي واجب الـولاء , فنظرية التدليس و واجب الإعلام في مرحلة التفاوض , كلها تستند إلى مبدأ حسن النية , و أما في مجال تنفيذ العقد فإن مبدأ حسن النية واجب قانوني استوجبته المادة 1/107 من القانون الجزائري بقولها : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه و بحسن نية " , و نفس هذه القاعدة القانونية نص عليها القانون المدني المصري في نص المادة 1/148 بقولها :" يجب تنفيذ العقد و طبقا لما اشتمل عليه , و بطريقة تتفق مع ما توجبه

---

(1) -voir Yves Picod , l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat , colloque I.D.A Aix-en-Provence 28 mai 1993, presse universitaire d'Aix-Marseille, p 57.

حسن النية ' , و أما المشرع الفرنسي فقد نص على هذا المبدأ بموجب المادة 2/1134 من القانون المدني الفرنسي بقولها : " يجب أن تنفذ الاتفاقات بحسن نية " [(1)].

و عليه فإن مبدأ حسن النية , يوجب على المتعاقد السعي لتنفيذ التزاماته , بطريقة تحقق الغرض الذي تم التعاقد عليه , وكما أنه يوجب في نفس الوقت أن تمتنع الأطراف عن أي فعل من شأنه أن يعرقل الوصول إلى هــذا الغرض , أو يرهق بتصرفه المتعاقد الآخر للوصول إلى الغرض المتفق عليه و في هذا الشأن يقول الفقيه كابيتان – Captaint – : " فالتصرف الإرادي لا يرتكز فقط على واقعة قبول الالتزام ,أي التراضي , بل يتكون أيضا من الرغبة في الوصول إلى غرض قانوني معين , هو تنفيذ الأداء الموعود به [(2)].

و يلعب مبدأ حسن النية دورا رئيسيا في حياة العقد , فهو مبدأ ملازم له من لحظة المفاوضات إلى غاية لحظة تنفيذ العقد , و بالتالي فله دور أساسي في الحفاظ على تواجد كيان العقد , بل و حتى الموازنة بين أطراف العلاقة العقدية بما يحقق العدالة العقدية .

و إلى جانب مبدأ حسن النية في مجال الالتزامات العقدية ,هناك ضوابط أخرى خاصة تعمل على توجيه سلطة القاضي عند الحكم للدائن بالتنفيذ العيني , و تعمل هذه الضوابط على تحقيق الموازنة بين أطراف العلاقة العقدية , و بالتالي فلا يجد الدائن نفسه من الناحية العملية محروما من الضمانات التي يقررها القانون لحقه , و في المقابل لا يجد المدين نفسه محروما كذلك من أمواله , أو مقيد في سلوكه دون مقتضى .

و يتحدد التنفيذ العيني بناءا على جملة من الضوابط , تتعلق بشكل مباشر بالمدين , فيجب ابتداء أن يتحلى المدين بسلوك معين يتطلبه التنفيذ العيني , كذلك يتحدد مصير التنفيذ العيني بناءا فكرة الاستحالة و أثرها على التنفيذ العيني , سواء كانت هذه الاستحالة بفعل المدين , أو بفعل الغير , و في الأخير يجب البحث عن دور التعسف في استعمال الحق في تحقيق توازن الآداءات في مجال التنفيذ العيني .

---

(1) – اعترف القانون الروماني بالعقود الملزمة للجانبين ، و عمل على حمايتها بدعاوى حسن النية " judicia bonnae fedei" وبالتالي تبلورت فكرة التفرقة بين عقود حرفية التنفيذ – de strict droit – ، وعقود حسن النية – contrats de bonne foi – وكانت للقاضي بالنسبة لهذه الأخيرة سلطة لم تكن له بالنسبة للعقود حرفية التنفيذ ، إلا أن هذا التقسيم لم يعد قائما في يومنا هذا بل أصبحت كل العقود هي عقود حسن نية .

(2) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 183.

و عليه سنحاول من خلال **المطلب الأول** التطرق إلى تحديد سلوك المدين , و علاقته بالتنفيذ العيني وأما **المطلب الثاني** سنتطرق إلى فكرة الاستحالة و آثرها على التنفيذ العيني , و في الأخير سنخصص **المطلب الثالث** إلى الحديث عن دور التعسف في استعمال الحق , و دورها في تحقيق توازن الأداءات في التنفيذ العيني , و كما جرت عليه العادة , سنتطرق إلى هذه العناصر من خلال التشريعات الثلاث محل الدراسة .

## المطلب الأول

## تحديد سلوك المدين في التنفيذ العيني

لقد أشرنا سابقا – أن العقد يقوم على مبدأ أساسي و مهم , و هو مبدأ حسن النية , و يتخلل هذا المبدأ العقد بداء من مرحلة التعاقد إلى مرحلة التنفيذ , و يترتب على هذا المبدأ أن يتخذ المدين المسلك المناسب عند قيامه بالتنفيذ العيني , بما يحقق مصلحة الدائن في تنفيذ الالتزام , لكن التساؤل الذي يطرح في هذا المجال كيف يمكننا تحديد هذا المسلك المناسب , أو ما هو المعيار الذي يمكن على أساسه تقدير مسلك المدين .

و العقد متى تم إبرامه على وجه صحيح دون أن يشوبه عيب , تعين بعده الانتقال إلى مرحلة التنفيذ , و استنادا إلى مبدأ حسن النية فإنه يتوجب على المتعاقد أن يحترم تعهده , لا أن يتحلل منه وبالتالي إذا لم يقم بذلك , كان في سلوكه زيغ عن التزاماته , و خروجا عن مقتضى مبدأ حسن النية الواجب مراعاته في تنفيذ العقد ، و من هنا كانت الحاجة ملحة إلى قدر من الضوابط , التي يجب مراعاتها عند تحقيق التنفيذ العيني أو المطالبة به , و تبرز الحكمة من هذه الضوابط في وضع تنظيم دقيق لأسلوب التنفيذ العيني بشكل يكفل الحفاظ على توازن العقد , و يحميه من الانهيار .

بالإضافة إلى الضوابط التي تحكم تنفيذ العقد , يجب في الوقت ذاته وضع ضوابط تعمل على توجيه سلطة القاضي عند الحكم للدائن بالتنفيذ العيني , و تفيد هذه الضوابط في تحقيق فكرة الموازنة في حالة النزاع بين أطراف العقد , فلا يجد الدائن نفسه محروما من حقه في تنفيذ الالتزام , و بالمقابل لا المدين نفسه محروما من أمواله أو مقيدا في سلوكه ، و إذا كان من الواجب على المدين أن يتخذ المسلك المناسب , الذي يفرضه عليه مبدأ حسن النية عند قيامه بالتنفيذ العيني , بما يحقق مصلحة الدائن بالالتزام , إلا أنه قد تثور الصعوبة حول تحديد المعيار الذي على أساسه يمكن تقدير هذا السلوك .

و لقد انقسم الفقه كعادته في تحديد المعيار الذي على أساسه يتحدد سلوك المدين في التنفيذ العيني فذهب فريق إلى اعتماد المعيار الشخصي , إذ يستند هذا الفريق في تحديد سلوك المدين على شخص هذا الأخير من خلال نيته في التنفيذ , و ظروفه الشخصية كالقدرة و الحرص على التنفيذ و غيرها من الصفات الخلقية التي يتحلى بها المدين بينما الفريق الآخر ذهب إلى تقرير المعيار الموضوعي ويستند هذا الفريق على الظروف المحيطة بالمدين , و أمام هذا الخلاف حاول فريق أخر من الفقهاء التوفيق بين أراء الفريقين , و حاولوا تقديم معيار يستند إلى المعياران , و عليه سنحاول استعراض المعياران والبحث عن أي معيار أكثر دقة .

## الفرع الأول

## المعيار الشخصي لتقويم سلوك المدين

يذهب مناصري هذا المذهب و على رأسهم الفقيه السنهوري إلى القول أن تقدير مسلك المدين بالنظر إلى **المعيار الشخصي** , و قوام هذا المعيار نية المتعاقد و ظروفه الشخصية [(1)].

و يستند هذا الفقيه على نص المادة 214 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ( وهو ما يقابله المادة 107 من القانون المدني الجزائري, و المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي ) [(2)].

و يرى الفقيه السنهوري أنه تم حذف المعيار الثاني على عرف التعامل , هذا ما يدل على أن المشرع المصري قد أخذ بالمعيار الشخصي [(3)].

و قد يكون هذا المعيار من الناحية النظرية مقبولا و يمكن الاعتماد عليه لتحقيق فكرة العدالة , إلا أنه من الناحية العملية لا يمكن التعويل عليه , فالنية أمر نفسي و ذهني لا يسهل تقصيها أو التحقق منها وبالتالي فإنه من العسير على القاضي أن يصل إلى تحديد نية المتعاقدين , و إن كان لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد أهمية بالغة و مكانة هامة في مجال النظرية العامة للعقد , إلا أن الواقع يثبت

---

(1) – راجع د عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 626.

(2) – تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه و بحسن نية .

و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة ، بحسب طبيعة الالتزام '.

- Article 1134 code civil français stipule : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi a ceux qui les ont faites .elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise elles doivent être exécutées de bonne foi ».

(3) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 188.

صعوبة الوصول إلى تحديد نية المتعاقدين , و ذلك لتشعب العلاقات القانونية و تعقيدها , و لكن هذا لا يعني إهمال هذا المعيار في تقويم سلوك المدين , فالمعيار الشخصي يبقى دائما معيارا يعتمد عليه في تقويم سلوك المدين في التنفيذ العيني للالتزام .

و قد اتجه جانب آخر من الفقه إلى تفادي هذه الانتقادات و الأخذ بمعيار آخر , و هو **المعيار الموضوعي** في تحديد مسلك المدين في التنفيذ العيني , فسلوك المدين يتحدد وفق الظروف الموضوعية التي تحيط بالمدين .

## الفرع الثاني

## المعيار الموضوعي لتقويم سلوك المدين

على خلاف المعيار الأول , فإن أنصار هذا المعيار يقيمون سلوك المدين بالنظر إلى المسلك المألوف للشخص المعتاد , و يتمثل هذا المعيار في مسلك المدين العادي , ممن تتكون منهم غالبية وبالتالي فإن مبدأ حسن النية الذي يستند عليه المتعاقدان في إبرام العقد , و بالأخص على تنفيذه ففكرة حسن النية هي فكرة موضوعية تمثل نموذجا مجردا , و يعتبر مقياس موضوعي يقاس عليه سلوك المدين في تنفيذ التزامه العقدي , و بذلك يرتبط حسن النية بالعناية التي يبذلها الشخص العادي وبذلك لا يكون معيار حسن النية معيار ذاتيا يقتضي البحث في نفسية المدين , و ما يختلج بداخله , بل هو معيار ذاتي مؤداه قياس مسلك المدين العادي المتوسط اليقظة و التبصر [1].

قد يبدوا أن هذا المعيار لم يسلك كذلك مــن الانتقاد , فالقول بتقييم مسلك المدين في التنفيذ العيني بالنظـر إلى معيار موضوعـي يتجافى و حقيقة أن العقد رابطـة قانونية بين شخص الدائــن و المدين وبالتالي فإن إهمال شخص المدين في هذه العلاقة أمر يجافي النطق السليم , و أمام النتائج الغربية التي يقود إليها هذا المعيار , ذهب فريق آخر إلى القول بأن المدين يعتبر مخطئا إذا تقيد بحرفية نصوص العقد , دون أن يأخذ في الحسبان الظروف المحيطة به , و بالتالي فحسب هؤلاء يتحدد معيار سلوك المدين في التنفيذ العيني بناءا على الظروف الخارجية المحيطة به وقت اتخاذ هذا المسلك , أي وقت تنفيذ العقد [2].

---

(1) – راجع د / عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، مطبعة دار النهضة مصر ، طبعة 1967 ، ص 51 .

(2) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 189–190.

فسلوك المدين حسب هذا الرأي لا ينظر إليه على ضوء ما يتخذه من حيطة و حذر في سبيل تنفيذ الالتزام , بل و يجب أيضا أن ينظر إليه على ضوء ما يبذله من أمانة و إخلاص في هذا التنفيذ و على هذا الأساس فإن حسن النية لا تعتبر التزاما قائما بذاته , و مستقلا عن الالتزامات التي ينشئها العقد فهي لا تفرض على المدين أداء معين , و لا سلوك محدد , و بالتالي فإن تقرير مسلك المدين وتحديد حسن نيته في التنفيذ العيني لالتزاماته , هي مسألة موضوعية يفصل فيها القاضي بناءا على الظروف المحيطة بالعقد أثناء مرحلة التنفيذ .

## الفرع الثالث

## المعيار المختلط في تحديد سلوك المدين

إن الانتقادات التي وجهت إلى المعيار الشخصي و المعيار الموضوعي , ذهب جانب من الفقه إلى التوفيق بين المعيارين , و اقتراح معيار ثالث يمكن تسميته بالمعيار المختلط , أو معيار الشخص المعتاد بين نظرائه [(1)].

و وفقا لهذا المعيار يجري تقدير سلوك المدين , بالنظر إلى شخص المتعاقد , و لكن في ضوء ما يسلكه شخص آخر في مستوى هذا المتعاقد أو نظيرا له , فإذا كان المتعاقد بناءا بسيطا يستعمل وسائل بسيطة في عمله فإنه لا يجب تطبيق معيار الشخص المتوسط أو المعتاد , و بالتالي لا يجب أن نقيس عليه سلوك البناء الذي يستعمل الوسائل الحديثة و الآلات و العمال في عمله , و منه فيجب أن نطبق معيار الشخص النظير أي البناء البسيط الذي يستعمل نفس الوسائل في عمله و في نفس ظروف عمله و إذا اتضح أن هذا الشخص النظير كان باستطاعته أن يقوم في مسلكه بما يتلاءم الظروف الجديدة في حين أن المدين تعذر عليه القيام بذلك نكون في هذه الحالة أمام تقصير المدين في تنفيذ التزاماته وبالتالي يمكن قيام المسؤولية المدنية عليه , و لا عذر له في هذه الحالة عن تقصيره .

و يرى البعض أن هذا المعيار لا يختلف عن المعيار الشخصي , طالما أنه يتم قياس سلوك المدين في كلا المعياران و بالتالي ليس ثمة فرق بينهما , إلا أنه ليس صحيحا أن معيار الشخص النظير هو نفسه المعيار الشخصي , ففي هذا المعيار لا يتعدى تقدير درجة التوقع ما يحيط الشخص نفسه , و ما ينشأ من قدرات لديه , أما في معيار الشخص النظير فإنه يتم اتخاذ شخص آخر من بين طائفة من الأشخاص , كمقياس لحساب توقع سلوك المدين , و قد تكون هذه الطائفة من الزراع , أو البنائين أو المهندسين أو الأطباء و المحامين و غيرهم .

(1) - voir Planiol – Ripert , traite pratique de droit civil Français , tome 6, Paris , 1930 , p 509 .

و قد يبدوا أن هذا المعيار قد حاول تفادي الانتقادات الموجهة للمعياران السابقان , إلا أنه وبالمقابل لم يسلم من بعض الانتقادات و الصعوبات , و تكمن الصعوبة في هذا المعيار في طائفة من الالتزامات التي تنشأ عن التصرف القانوني , حيث يتم تحديد محل الالتزام و طريقة تنفيذه على نحو يتفق عليه المتعاقدان , و بالتالي لا مجال لإعمال هذا المعيار في مثل هذا النوع من الأداءات والرأي الأصوب في مثل هذه الحالات هو إتباع مسلك المدين الواجب إتباعه بالمسلك الذي يتبعه عادة في شؤونه الخاصة طالما أن الدائن يعرف صفاته الخاصة وقت إبرام العقد [1].

و ينبني على هذا الرأي أنه في حالة تفسير العقد على القاضي , أن يأخذ في اعتباره علم المدين بالصفات الشخصية لمدينه , حتى يتوصل إلى تحديد الإرادة الضمنية لطرفي العقد , على اعتبار أن الإرادة قد تكون صريحة و في هذه الحالة ليس من الصعب على القاضي الاهتداء إليها , و لكن الصعوبة تكمن في حالة الإرادة الضمنية , و بالتالي فإن هذا المعيار يقدم حلا للقاضي للوصل إلى تحديد الإرادة الضمنية للطرفان , و من جانب أخر فإن حسن النية يعتبر عنصر آخر يهتدي عليه القاضي للوصول إلـى تحديد إرادة المتعـاقدان , و هذا ما تضمنته المادة 111 من القانون المدني بقولها : " إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين .

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد , فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ , مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل , و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين , وفقا للعرف الجاري في المعاملات ", و يقابل هذه المادة في القانون المدني المصري , المادة 2/150 مدني مصري و التي تنص على :' إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ , مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل , و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين , وفقا للعرف الجاري في المعاملات " , و أما في التشريع الفرنسي فقد نصت المادة 1156 من القانون المدني الفرنسي على نفس هذا الحكم بقولها : " يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين , و ليس الوقوف عند المعنى الحرفي في العقد ' [2].

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 192.

(2) - L’article 1156 du code civil français stipule : ‘ on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes , plutôt que de s’arrêter au sens littéral des termes’.

و خلاصة القول أنه يجب على كل متعاقد أن يتكفل بتهيئة كل الظروف التي تساعد على إتمام عملية التنفيذ , و بالتالي لا يجوز للدائن أن ينتظر من مدينه سلوكا يزيد عما يعلمه عن ذلك المدين وكذلك الأمر بالنسبة للمدين , حيث يتعارض حسن النية أن يبذل جهدا يقل عما يبذله في شؤونه الخاصة و منه يترتب على كل طرف حقوق و واجبات مردها إعمال هذا التعاون , و وجوب إعمال المصلحة المشتركة بدلا من المصلحة الفردية .

## المطلب الثاني
## أثر فكرة الإستحالة على مبدأ التنفيذ العيني

يبرم العقد ليتم تنفيذه من طرف المتعاقدان , و لعل مبدأ حسن النية الذي سبق الحديث عنه ضمانة هامة في حياة العقد , و إن مبدأ القوة الملزمة للعقد تهدف إلى تحديد مجال التنفيذ العيني متى كان ذلك ممكنا , لأنه لا يكفي في كثير من الأحيان أن تتجه إرادة المتعاقدان إلى تنفيذ العقد , فقد تستجد عوامل تؤدي إلى استحالة تنفيذه , و بالتالي فقد اتجه علم القانون إلى تحسب هذا الأمر , و قرر مبدأ هام في نظرية العقد عموما , و نظرية التنفيذ على وجه الخصوص , و تتمثل هذه النظرية في قاعدة " لا إلتزام بمستحيل– A l'impossible nul n'est tenu " (1).

و إن فكرة الاستحالة و آثرها على تنفيذ العقد قد يكون مردها عوامل خارجة عن إرادة الأطراف كما قد تكون الاستحالة ناشئة بسبب المدين , و حتى الغير فقد يكون سببا في عرقلة التنفيذ أو جعله مستحيلا , و يترتب على حدوث هذا الأمر زوال العقد بقوة القانون , و نتيجة لزوال العقد تزول معه كافة الالتزامات الناشئة عنه , لوجود ما يدعو إلى انقضاء الالتزام و براءة ذمة المدين , إلا أنه وفي حالات آخرى لا تكون الاستحالة مطلقة و بالتالي لا ينقضي معها الالتزام الذي ينشأه العقد مما يبقي المجال مفتوحا لإجبار المدين على التنفيذ بأساليب الإجبار المختلفة , و يترتب على هذا الأمر حق الخيار للدائن بين أن يطلب فسخ العقد , و بين أن يتمسك بتنفيذه عينا في حدود ما بقى ممكنا (2).

**و يقصد "بالاستحالة** " في هذا المجال الاستحالة الموضوعية المطلقة , التي تؤدي إلى سقوط الالتزام أي استحالة القيام بالأمر الذي التزم به المدين على الكافة , و ليست الاستحالة الشخصية الذاتية أي تلك التي ترجع إلى المدين نفسه .

---

(1) – voir Mazaud (H) et Tunc (A) , Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle , t 11 – 5 eme édition 1965 , p 1569 .

(2) – راجع د / منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص 295 .

– و راجع د/ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 421 .

فإذا كانت **الاستحالة موضوعية أو مطلقة** , فلا أهمية بعد ذلك لما إذا كانت مادية أو طبيعية أي راجعة إلى حكم الطبيعة , أو كانت الاستحالة الموضوعية أو المطلقة قانونية , كما إذا التزم محام برفع استئناف عن حكم لا يجوز الإستئناف فيه لصدور قانون يجعل هذا الحكم غير قابل للاستئناف (1).

و أما **الاستحالة النسبية أو الذاتية** ، فهي تلك التي تقوم بالنسبة إلى المدين نفسه مع مراعاة ظروفه الخاصة مع وجود شخص آخر غيره يستطيع القيام بالأمر الذي التزم به , كأن يلتزم شخص بعمل لوحة زيتية قيمة , حالة كونه يجهل أصول الرسم , ففي هذا الفرض يستحيل على المدين نفسه أن يقوم بالأمر الذي تعهد به , و لكن يوجد بالضرورة شخص أخر يستطيع أدائه , و لذلك فالاستحالة هنا تعتبر ذاتية نسبية , و ليست موضوعية مطلقة , فإن تعذر على المدين أداء الالتزام , كان للدائن أن يلجأ إلى وسائل أخرى للتنفيذ العيني .

و عليه فإن الاستحالة سواء كان مردها سبب أجنبي لا يد للمدين فيه , أو كانت بفعل المدين نفسه و بخطئه ، أو كانت بفعل الغير يكون لها أثر مباشر على التنفيذ العيني , و بالتالي سنحاول التطرق إلى أثر الاستحالة الناشئة عن سبب أجنبي في **الفرع الأول** , و أما **الفرع الثاني** فسنخصصه لأثر الاستحالة الناشئة عن خطأ المدين , و **الفرع الثالث** سنخصصه لأثر الاستحالة الناشئة عن فعل الغير .

## الفرع الأول

## أثر الإستحالة الناشئة عن سبب أجنبي على التنفيذ العيني

الأصل أن يتم التنفيذ العيني للالتزام الذي نشأ عن العقد , إلا أنه قد تستجد أمور تحول دون تحقق ذلك , و يعترض التنفيذ العيني للالتزام إما لقوة قاهرة "Force majeur " أو الحادث المفاجئ " cas fortuit " , و تتفق الصورتان في أنهما لم ينشأن بصورة خارجة عن إرادة المدين , و بالتالي لا يكون بمقدور هذا الأخير توقع حدوثها , وكذلك عدم درئها (2).

و لقد نص المشرع الجزائري على الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة في مواضع مختلفة , و نفس الشيء بالنسبة للتشريع المصـري , فقد تضمن القانـون المدني المصري في نص المادة 215 منه الإشارة إلى

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 208.

(2) – راجع في هذا الشأن المواد 168 –176 –178–307 و غيرها من النصوص القانونية في القانون المدني الجزائري و التي استعمل فيها المشرع الجزائري مصطلح القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ .

السبب الأجنبي , و نجد كذلك نصا مشابها في التشريع الفرنسي في نص المادة 1148 من القانون المدني الفرنسي [1].

و الملاحظ من نص المادة 1148 مدني فرنسي أن المشرع الفرنسي لم يقدم لنا تعريفا لمعنى القوة القاهرة أو الحادث الفجائي , و اكتفى فقط بذكر أثارها على المدين كمانع من تنفيذ إلتزاماته , كما أنه من ناحية أخرى أهمل أن يقدم معيارا يمكن القياس عليه لتقييم الحادث , و ترك المجال مفتوحا أمام القضاء لتحديد عناصر القوة القاهرة , و منح هذا الوضع للقضاء كامل الصلاحيات في تقييم طبيعة الحادث أو وصفه قوة قاهرة حسب ما يحيط بظروف الواقعة المعروضة عليه , و لقد كان لزاما على القضاء الفرنسي أن يحدد بالتالي خصائصها و نطاق تطبيقها .

و مما تقدم فإن كل من التشريعات الثلاث لم تأت بتعريف للقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ , إلا أن بعض الفقهاء حرص على التفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ , حيث يقيمون التفرقة بين الصفة الخارجية l’extériorité الأمر الذي لا يمكن توقعه ولا دفعه , فيكون قوة قاهرة إذا كان خارجا عن دائرة نشاط المدين ومثال ذلك الظواهر الطبيعية كالزلازل والبراكين والفيضانات , و يكون حادثا فجائيا إذا كان داخلا في دائرة نشاط المدين , ويرتب هؤلاء الفقهاء على هذه التفرقة بنفي علاقة السببية عن القوة القاهرة وحدها , دون الحادث المفاجئ الذي يكون عديم الأثر بالنسبة لمسؤولية المدين [2].

و لقد ذكرت بعض التشريعات حالة القوة القاهرة و حددت خصائصها و آثارها , إلا أنه و كما سبق لنا ذكره , و بخاصة للتشريعات الثلاث محل الدراسة لم تقدم لنا تعريفا دقيقا لها تاركة للقضاء مهمة تشخيص عناصر وجودها و تقييمها حسبما تقتضي ظروف الحادث .

---

(1) – تنص المادة 215 من القانون المدني المصري على : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ".

- et voir article 1148 du code civil français stipule : ‘ il n’y a lieu a aucuns dommages-intérêts lorsque par suite d’une force majeure ou d’un cas fortuit , le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce a quoi il était ou a fait ce qui lui était interdit ‘ .

(2) – القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2001.01.30 تحت رقم 258113 ، و مما جاء في حيثيات القرار ما يلي :
( العلاقة التي تربط الزبون بصاحب الحمام هي عقد خدمات , مثل هذا العقد يضع على عاتق صاحب الحمام التزاما بسلامة الزبائن ، و هو التزام بنتيجة المسؤولية فيه مفترضة ما لم يثبت أن الحادث يرجع إلى سبب لا يد له فيه طبقا للمادة 176 من القانون المدني ، و مفهوم السبب الأجنبي أن يكون غير متوقع ولا يمكن تفاديه ، و وجود الصابون في الاستحمام شيء متوقع و بوسع المدين أن يتفاداه بتوخي الحيطة ، لذلك لا يدخل في حكم السبب الأجنبي ).
– و راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 202.

و منه تستند فكرة القوة القاهرة في أغلب التشريعات على نظريتين رئيسيتين تكونان خصائص الحادث الذي يمكن اعتباره قوة قاهرة , فلقد تضمنت هاتين النظريتين بعض المبادئ التي يمكن الاستعانة بها والاستدلال بها في صياغة شرط القوة القاهرة .

– **<u>النظرية الأولى</u> : <u>نظرية الاستحالة المطلقة</u>** : تعتمد هذه النظرية على معيار الاستحالة المطلقة لتنفيذ التزام المدين L'impossibilité d'exécution , و لقد جاءت هذه النظرية بمعيار شامل و غير محدد المعالم , و عليه يمكن تعريف القوة القاهرة بأنها :" ذلك الحادث الذي يجعل المدين عاجزا بشكل مطلق من إنجاز أو متابعة إنجاز التزامه بصورة دائمة أو مؤقتة " , و منه فإن استحالة التنفيذ متعددة المصادر فقد تنصب الاستحالة على العين محل التنفيذ , فإذا كانت تستند على سبب مادي فتسمى بالاستحالة المادية Impossibilité matérielle , أو قد تكون ناتجة عن سبب قانوني مصدره القانون أو قرار صادر عن السلطة العامة فتسمى حينئذ بالاستحالة القانونية Impossibilité juridique , وقد يحصل الحادث بفعل الوضع الاقتصادي العام أو الخاص بالمدين بتنفيذ الالتزام , فتسمى بالاستحالة الاقتصادية Impossibilité économique , و استحالة التنفيذ مهما كان سببها أو مصدرها تتمتع بقوة الإلزام أمام القضاء إذا حدد الطرفان مضمونها و نطاقها صراحة في العقد .

– **<u>النظرية الثانية</u> : <u>نظرية القضاء في القانون الفرنسي</u>** : لقد صاغ القضاء الفرنسي نظرية القوة القاهرة و حدد أركان هذه الظاهرة , و أصبح هذا التحديد يمثل المبدأ العام في القانون الفرنسي , و منه ولكي يعتبر الحادث مكونا لحالة القوة القاهرة لابد في أن تجتمع فيه ثلاث خصائص كي يكون التكييف صحيحا و معتمدا و ينتج أثره على تحديد أو لإبراء مسؤولية المدين بالتنفيذ , و هذه الخصائص هي : سبب أجنبي Extérieur أو خاصية الخارجية , و ثانيا لا يمكن توقعه Imprévisible , و ثالثا لا يمكن دفعه أو مقاومته Irrésistible .

و منه , فعند تقدير القضاء الفرنسي إعفاء المدين من المسؤولية العقدية لعدم التنفيذ , لابد أن تكون حالة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ مستقلا عن إرادة المديـن , غير متوقع , و كذلك لا يمكن مقاومته و بالتالي عندما تتوفر هذه العناصر يجوز للمدين كما يرى الفقه أن يتمسك بوجود قوة قاهرة حتى يعفى مـن مسؤوليته , و لكن شريطة أن يكـون الحـادث الذي يتمسك به المديـن ناشئا بعد تاريـخ سريـان العقد , و ذات طبيعة تمنع التنفيذ كليا أو جزئيا للالتزامات الناتجة عنه , سواء كان هذا المانع مؤقت أم نهائـي .

إن تعريف القوة القاهرة وفقا لتصور القضاء الفرنسي يوحي لنا بخاصيتين و هما : خاصية العمومية La "généralité" , و حالة التجريد "L'abstraction" , و بهذا يكـون تعريف القـوة القـاهرة تعريف عام و شامل , هذا ما يعني بأنه ليس من الضروري وضع صورة مسبقة لتحديد نوعية الحوادث التي ممكن أن تعتبر حالة من حالات القوة القاهرة , و من ناحية أخرى يمكن اعتبار هذا المفهوم ذا نطاق ضيق جدا في مجال تطبيقه , و هو مقيد لظروف الدعوى لأنه يتطلب في كل مرة تحليل فيما إذا كان الحادث يشتمل فعلا على خصائص القوة القاهرة , و قد ينتج عن ذلك احتمال الخطأ أو عدم الدقة في صحة تقييم الحالات المعروضة على القاضي نظرا لاختلافها و تنوع ظروف نشأتها , و يتأكد هذا الأمر عندما يرى القضاء الفرنسي أنه في الأصل بأن الحادث مهما كان لا يعتبر بحد ذاته حالة من حالات القوة القاهرة كقرار السلطة العامة أو حالة الحرب أو العاصفة , أو الفيضان أو ارتفاع الأسعار , حيث تتأثر كل منها بعامل الزمن و التاريخ و ظروف المكان و غيرها (1).

و منه يرتكز المفهوم التقليدي للقوة القاهرة على المبدأ الذي جاء به القانون الروماني , و هو القوة الملومة للعقد la force obligatoire du contrat , و قد تبنت العديد من التشريعات هذا المبدأ منها التشريع الجزائري في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري , والمادة 147 من القانون المدني المصري , و كذلك المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي , و في تفسير الفقه لهذه القاعدة يرى بأن الأصل في العقد هو رضا المتعاقدين , و الالتزام على ما تم الاتفاق عليه بينهما , و ينتج عن ذلك بأنه من الصعب على أي طرف في العقد إيجاد الوسيلة القانونية للتحلل من التزاماته العقدية فكما عبر عنه الفقيه الفرنسي "مازو" Mazeaud بأن هناك معيارا أخلاقيا ينشأ من التعامل بين الأطراف يقضي بأن : " من أعطى العهد عليه التمسك به , و الوعد ينبغي تنفيذه مهما كلف الثمن " (2).

و عليه فإنه في حالة تخلف أي من الأطراف تنفيذ التزاماته العقدية بسبب القوة القاهرة يترتب عليه فسخ العقد و انحلال الرابطة العقدية عند استحالة التنفيذ المطلق , إلا أنه ليس هناك ما يمنع تعليق تنفيذ العقد لمدة معقولة يقبل بها الطرفين إذا تبين احتمال زوال ظروف القوة القاهرة , و إمكانية استئناف تنفيذ العقد .

و عليه فتطبيقا للقاعدة العامة في الالتزامات العقدية , هو أن عدم تنفيذ الالتزام يترتب على المدين المسؤولية العقدية و دفع الثمن عن الأضرار الناجمة عن فسخ العقد لعدم الوفاء بالتزامه , إلا أن حالة القوة القاهرة تعطل العمل بهذه القاعدة استنادا إلى القواعد القانونية التي تحكم الآثار المعفية لمسؤولية المدين عند عدم وفائه بالتزاماته العقدية لأسباب خارجة عن إرادته و لا يد له فيها .

---

(1) – voir cass 1 re civ .23 fevrier 1994, Dalloz 214 , 1995 note N.dion .
- C A paris 28 février 1990 , Gaz Pal , 1990 . sommaire 461 .
(2) – voir H.Mazeaud , op-cit , p 517 .

و عليه عندما تكون استحالة التنفيذ مؤقتة , فإن العائق لا يمنع من تعليق التنفيذ خلال فترة حالة القوة القاهرة , و يعود الطرفان لاستئناف تنفيذ التزاماتهم بمجرد زوال العائق , أما عندما تجعل القوة القاهرة تنفيذ العقد مستحيلا بصفة مطلقة فينبغي في مثل هذه الحالة العمل على فسخ العقد , و بما أننا بصدد دراسة أحكام التنفيذ العيني فإنا سنكتفي بالتطرق إلى حالة تعليق تنفيذ العقد دون الفسخ .

**1 – <u>تعليق تنفيذ العقد</u> :** يجد أحيانا المتعاقدان بأن القوة القاهرة تعيق تنفيذ التزاماتهما لفترة زمنية مؤقتة تزول بعد مرور هذا الظرف , و بالتالي يمكن بعده العودة إلى الظروف الطبيعية التي تسمح بتنفيذ العقد , و يرجع تقدير مدة بقاء القوة القاهرة و زوالها بشكل أولي إلى المتعاقدان , فهما الأكثر دراية لتخمين حجم الظروف غير الاعتيادية و أثرها على تنفيذ العقد , و منه فمن محاسن تعليق تنفيذ العقد على فسخه , هو أن إبرام عقد جديد سيتطلب أيضا فترة من الوقت قد تطول حتى يتم تنفيذه .
و إذا كان تعليق تنفيذ العقد لأسباب القوة القاهرة يجد ما يبرره في علاقات المتعاقدين , إلا أنه لابد أن يخضع لبعض الضوابط لضمان الوصول إلى تحقيق نوع من العدالة العقدية يقرها القانون .

**2 – <u>أن تكون فترة التعليق محددة و مقبولة نسبيا</u> :** لقد رأينا كيف أن الباعث الحقيقي لتعليق تنفيذ العقد هو الحفاظ على حياته و تنفيذه بالكامل نظرا لأهميته في اقتصاد مشروعات الأطراف المتعاقدة فليس هناك ما يمنع إن كان ذلك ممكنا تعليق إجراء التنفيذ , و أن يعود الطرفان لتنفيذ العقد بشكله الطبيعي في الوقت الذي تنتهي فيه حالة القوة القاهرة , إلا أن تعليق تنفيذ العقد يجب أن يخضع لمعيار الوقت الجائز منطقيا , و يعني هذا أن لا يستمر عدم التنفيذ لفترة لا حدود لها , حيث قد يستنفذ الالتزام بين المتعاقدين الفائدة منه , و لهذا السبب يجب أن تقترن إمكانية تعليق التنفيذ بالمدة التي تعتبر نسبيا محددة أو معلومة على وجه التقريب , و تجاوزها يؤدي إذن إلى إنهاء العقد و فسخه .

إن للفكر الغربي الحديث تصور معين في تحديد فكرة الاستحالة في التنفيذ العيني الناشئة عن القوة القاهرة , و لا ينكر إلا جاحد هذه النظريات والأحكام في شأن هذا الموضوع , كما أنه من النكران أن لا يذكر إسهام الفقه الإسلامي في وضع نظريات تعالج مسألة استحالة التنفيذ العيني , و ما ترتبه من أثار قانونية , و نشير في هذا الشأن أن هناك نظريتان تنظم فكرة أثر الاستحالة على التنفيذ العيني وهما : نظرية العذر , و نظرية الجوائح , و عليه سنحاول استعراض كل من النظريتين على حدى .

**أ – <u>نظرية العذر</u> :** تعد نظرية العذر من أبرز النظريات التي شادها فقهاء الشريعة الإسلامية , و تمثل تطبيقا واقعيا لفكرة استحالة تنفيذ الالتزام العقدي تنفيذا عينيا [(1)].

---

(1) – يذهب بعض الفقهاء المحدثين إلى القول بأن نظرية العذر تعتبر تطبيقا من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة على النحو الذي هو عليه في القانون المعاصر ، و الحقيقة و إن كانت نظرية العذر في الفقه الإسلامي تتشابه في بعض أحكامها مع نظرية=

و قد جاء في فتح القدير : " أن العذر المبرر لفسخ العقد هو عبارة عن عجز العاقد في المضي في موجبه , إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به " (1).

و قد أقام فقهاء الشريعة الإسلامية بالتمييز بين الهلاك الذي يحول دون قيام العقد , و الهلاك الذي يؤدي إلى إنهاء العقد بسبب استحالة التنفيذ , فحسبهم فإن الهلاك الذي يحول دون قيام العقد هو ذلك الذي يلحق بالشيء قبل إبرامه , لأن العقد في هذا الفرض ينقصه ركن من أركانه , أما إذا كان الشيء موجودا الشيء موجودا عند العقد , و لكنه هلك فيما بعد فمعنى ذلك أن العقد ابرم صحيحا لتوافر محله لكنه انفسخ بعد ذلك إذا كان الهلاك حاصلا بسبب أجنبي عن المدين لا يد له فيه (2).

و هكذا , فإذا استأجر شخص دار تم تهدمت هذه الدار بشكل كلي أو جزئي بسبب لا يد للمؤجر فيه , أو استأجر دابة ليسافر عليها , فماتت هذه الدابة , أو إذا استأجر أرضا ليزرعها فأغرقها سيل أو فيضان ففي جميع هذه الأسباب تحقق سبب أجنبي فحال دون المؤجر و تنفيذ التزامه , و بالتالي حق له إنهاء العقد بسبب العذر .

و إنهاء العقد بالعذر أو فسخه بالعذر كما يقال عادة في لغة الفقهاء المسلمين حكم أجمعت عليه مذاهب السنة الأربعة , في تفاوت في السعة بينها , بين رحابة بالغة يسير عليها فقهاء الحنفية وتضييق شديد إلتزمه الشافعية , و توسط بين الرحابة و التضييق قام عليه المالكية و الحنابلة (3).

و قد نجح علماء الشريعة الإسلامية في استخلاص الأحكام التي تنظم استحالة تنفيذ الالتزام العقدي تنفيذا عينيا , و بالتالي إنهاء العقد استنادا إلى نظرية العذر .

**ب – <u>نظرية الجوائح</u>** : لقد أطلق علماء الشريعة الإسلامية على الآفة السماوية نفس معنى الذي يطلقه القانونيون من عبارة "القوة القاهرة " , و حسبهم فهو كل أمر عارض خارج عن تدخل الإنسان ونظرية

---

= الظروف الطارئة إلا أنها تختلف في العديد من النقاط عليها ، فثمة اختلاف في أساس شروط إعمال نظرية العذر ، و شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة ، كما أن هناك اختلاف في الأثر .

(1) – راجع ابن الهمام الحنفي , فتح القدير – شرح الهداية – الجزء الثالث ، طبعة دار الكتب العلمية لبنان ، طبعة 2003 ص197 .

(2) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب , المرجع السابق , ص 244 .

(3) – و نشير أن مصطلح الفسخ كثير الشيوع في الفقه الإسلامي ، إلا أنه ليس بمفهوم نظام الفسخ على النحو الذي يعرفه فقهاء القانون المعاصرون ، و هكذا حينما يلجأ علماء الفقه الإسلامي إلى استعمال مصطلح الفسخ ، فهم يقصدون به ذلك الفسخ الذي يجيء نتيجة كون التزام أحد العاقدين أصبح مستحيلا عليه بسبب العذر ، و هذا ما تضمنته المادة 313 من مجلة الأحكام العدلية بنصها : " إذا تبايعا على أن يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا و إن لم يؤده فلا بيع بينهما صح البيع ، و هذا يقال له خيار النقد".

الجوائح لم تحظ بمثل ما حظيت بها نظرية العذر , فلم يأخذ بها سوى المالكية ثم تبعهم في هذا الحنابلة أما الأحناف و الشافعية و بقية المذاهب لم تأخذ بها (1).

و عليه , و كما سبق ذكره فإن نظرية الجائحة لم تحظ بإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية , كما أنه حتى في المذهب المالكي فقد انقسم فقهائه حول طبيعة الجائحة و نطاقها إلى ثلاث أقسام , فرأي يذهب إلى القول بأن لا تكون الجائحة إلا في الحوادث و النازلات السماوية , و هي لا ترجع في أصلها إلى الآدميين و مثال ذلك انحسار مياه العيون نتيجة انقطاع المطر , أو غارات الجراد و هبوب الرياح وحدوث العفن في الثمار و غيرها من الآفات التي تصيب الثمار .

و أما الرأي الثاني من الفقهاء المسلين فيرى أن الجائحة تشمل بالإضافة إلى الآفات أفعال الآدميين إذا كانت غالبة , كاجتياز الجيش الجرار و إتيانه على الثمار , ففي هذه الحالة لاشك في أن المتعاقدان لا يستطيعان مقاومة ذلك و منع الجيش من الاجتياز , و أما إذا كانت أفعال الآدميين غير غالبة , حتى وإن حدثت بغتة كالسرقة مثلا , فإنها لا تعتبر في حكم الجائحة , إذ يمكن الاحتياط منها .

و أما الرأي الثالث فقد توسع في معنى الجائحة , بحيث يجعلها تشمل كل الأفعال سماوية كانت أو أدمية , و طالما أنها لم تكن ترجع في مصدرها إلى أي من المتعاقدين .

و منه نرى أن أثر الاستحالة الناشئة عن سبب أجنبي يؤدي إلى فسخ العقد , لتعذر تنفيذ الالتزام و قد تبنت أغلب التشريعات الحديثة هذه النظرية , و بهذا يكون القانون قد تجاوز مبدأ القوة الملزمة للعقد بإقرار نظرية الاستحالة , و الهدف من هذا هو تحديد مجال التنفيذ العيني بطبيعة الأشياء التي توجب أو يكون ذلك التنفيذ ممكنا غير مستحيل , و هذا ما رسخ المبدأ في علم القانون أنه – " لا لإلتزام بمستحيل A l’impossible nul n’est tenu " , و عليه فإذا كانت القوة الملزمة للعقد تفرض تنفيذه فيجب أن يوضع في الاعتبار أيضا العوامل التي تؤدي إلى استحالة التنفيذ .

و في الأخير فإن كل من التشريعات الثلاث محل الدراسة قد تبنت أساسا مبدأ القوة الملزمة للعقد دون أن تغفل ما يطرأ من عوامل خارجية قد تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا أو مستحيلا .

---

(1) – الجوائح هي جمع جائحة ، و هي الشدة التي تجتاح المال فتهلكه كله أو بعضه ، أو هي الآفة التي تصيب الثمار فتهلكها فيقال جاحهم الدهر و اجتاحهم ، أي بمعنى أصابهم بمكروه عظيم ، و قد استخلص المالكية هذه النظرية من حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم : " من باع ثمرا فأصابته جائحة ، فلا يأخذ شيئا على ما يأكل أحدكم مال أخيه المسلم " .
– كما أن علماء الشريعة الإسلامية لم يلتزموا التعبير بالآفة السماوية عن كل أمر عارض خارج تدخل الإنسان بل يعبرون عنه أحيانا " بالفجاءة " و يريدون بالفجاءة عدم العلية و التسبب من الإنسان .

## الفرع الثاني

## أثر الاستحالة الناشئة عن خطأ المدين على مبدأ التنفيذ العيني

لقد أشرنا سابقا أن مبدأ القوة الملزمة للعقد , تفرض على طرفيه أن يبادروا إلى تنفيذ التزاماتهم طبقا لما اشتمل عليه الاتفاق و بحسن نية , إلا أن الأمر لن يكون كذلك في كل الحالات والفروض فقد تستجد عوامل من شأنها أن تعطل التنفيذ العيني أو تجعله مستحيلا , الأمر الذي يترتب عليه سقوط الالتزام , و في مجال نفي المسؤولية على المدين أن يقوم بإثبات أن الاستحالة نشأت عن سبب أجنبي أو قوة قاهرة , و إذا لم يستطيع إثبات ذلك , يعد مسئولا وفقا لقواعد المسؤولية , و بهذا الفرض تكون الاستحالة ناشئة عن خطأ المدين , و تذهب مختلف التشريعات في هذه الحالة إلى إعمال قواعد المسؤولية كوسيلة لإقامة توازن يعيد إلى العقد فعاليته , و بالتالي تفوت الفرصة على المدين من أن يستفيد من خطئه .

إن تحديد مسؤولية المدين في استحالة التنفيذ العيني ليست دائما واضحة في كل الحالات والفروض فقد يصعب التفرقة أحيانـا بين الوقائع الإرادية التي ترجع إلى المدين , و غيرها من الوقائع غير الإرادية و لو أن الأمر يخضع إلى مبدأ إثبات الإدعاء و نفيه بالوسائل القانونية المتاحة , و التي تخضع في آخر المطاف إلى السلطة التقديرية للقاضي , فقد انشغل الفقه كذلك في استظهار الاستحالة بسبب المدين.

و قد أسس البعض مسؤولية المدين على أساس الخطأ الثابت أو على قرينة الخطأ , أي على أساس الخطأ المفترض من جانب المدين الذي لم يقم بتنفيذ التزامه , أو تأخر في تنفيذ التزامه وفي سبيل إثبات هذا يذهب هذا الفريق إلى التفرقة بين الالتزام الإيجابي و الالتزام السلبي , فإذا كان الالتزام إيجابيا , أي التزام يقضي بأنه يجب على المدين أن ينفذ عملا معينا , فليس على الدائن أن يثبت واقعة الالتزام , أما إذا كان الالتزام سلبيا , ففي هذه الحالة يجب على الدائن أن يثبت وجود الالتزام , و أن يثبت كذلك خطأ المدين في التنفيذ العيني , و في المقابل على المدين أن يثبت أنه قام بتنفيذ التزامه عينا [(1)].

---

(1)– أنظر د / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج – الخامس عقد الإيجار و العارية ، ص 547 .

- et voir Mazeaud , op-cit , p 227 .

# الفرع الثالث

## أثر الاستحالة الناشئة عن فعل الغير على مبدأ التنفيذ العيني

لقد أشرنا فيما سبق أن العقد وجد أساسا ليتم تنفيذه , و تتجه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى تحقيق ذلك إلا أنه قد تستجد عوامل خارجية تحول دون تحقق ذلك , و قد أشرنا أن هناك عوامل خارجية قد تجعل من تنفيذ الالتزام أمر مستحيلا , أو في غاية من الصعوبة و التعقيد , كما رأينا كذلك أنه يمكن أن تكون الاستحالة ناشئة عن المدين نفسه , إلا أن الصورة الأخرى لاستحالة تنفيذ الالتزام قد تكون من فعل الغير و لعل أبرز مثال لتجسيد هذه الاستحالة في الفرضية التالية , حيث يقوم شخص ببيع عقار لشخص , ثم يقوم مرة ثانية ببيع نفس العقار لشخص ثاني , بحيث يقوم هذا الأخير بتسجيل عقاره ومنه تنشأ استحالة التنفيذ بالنسبة للمشتري الأول على أساس إعمال قواعد العدالة التي تقتضي حماية المتعاقد حسن النية بالإضافة إلى ما تحققه هذه الحماية من رعاية الائتمان العقاري و تحقيق الأمان القانوني , و عليه و إزاء هذه المشكلة فقد تعددت الآراء الفقهية و الحلول القضائية لهذه المشكلة وعليه سنحاول و بإيجاز التطرق إلى أهم النظريات التي قيلت في خصوص هذا الأمر [1].

**1 – <u>الآراء الفقهية من مشكلة استحالة التنفيذ الناشئ عن فعل الغير</u>** : ذهب فريق من الفقهاء في فرنسا إلى القول بأن الدعوى التي يرفعها المشتري الأول على البائع مآلها الفشل , على أساس أن البيع الثاني قد تم صحيحا وفقا للقانون , و أنه لا يمكن اعتبار الإسراع في تسجيل العقد فعلا غير مشروع يستوجب بطلانه , فبالعكس فإن المشتري الثاني قد استفاد من مزية وفرها له القانون و بالتالي لا مجال لمآخذته على ذلك [2].

إلا أن هناك فريق آخر يذهب إلى التخفيف من حدة الرأي السابق , حيث يوردون استثناء مفاده أن للمستفيد في حالة سوء نية الغير , أن يطلب بطلان التصرف الأول الذي سبب ضررا للمشتري الأول و يرون بأن مجرد سبق العلم بالتصرف يوفر للمشتري الثاني سوء النية , و بهذا يفضل المشتري الأول عليه , و بالتالي فإن معيار حسن النية شرط لازم لاستحالة التنفيذ العيني [3].

---

(1) - voir julien coulet , op-cit , P 539 .

- et voire aussi , Cass.Civ3, 13 juin 2006, administrer, 2006, 393, p31, obs.J.D Barbier : « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résolvant en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur, une cour d'appel ne peut pas ordonner sous astreinte da délivrance de locaux loués, alors qu'ils ont été reloués a un tiers ».

(2) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع ، ص 287 .

(3) - voir Dragu , op-cit , p 28 .

2 – **موقف القضاء من المشكلة :** لقد وجدت محكمة النقض الفرنسية نفسها أمام عقبة قانونية لأنه بالاستناد إلى تقنين نابليون , فإن الملكية تنتقل بمجرد تلاقي الإرادتين , إلا أنه و حين صدور قانون الشهر العقاري في 13 مارس 1855 , و الذي كرس مبدأ التسجيل كإجراء قانوني في مواجهة الغير فإن الإشكال الذي يطرح حين يتعدد الأشخاص المتصرف إليهم .

و بالتالي فإنه في حالة تزاحم المشترين فإن الأسبقية تكون للمشتري الذي سارع إلى تسجيل عقده و أمام هذه الحالة فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 8 ديسمبر 1858 بأن الغش يجرد التسجيل من كل أثر إذا كان نتيجة تواطؤ أو تدبير مشوب بالتدليس بين الطرفين و هما البائع و المتصرف إليه الثاني , وبهذا استقر القضاء الفرنسي على اعتناق هذا المسلك في مطاردة الغش و إهدار أثر التسجيل المشوب به [1].

و في سنة 1968 حدث تحول جزئي في موقف القضاء الفرنسي , حيث اكتفت فيه بمجرد معرفة المكتسب الثاني بسبق التصرف في العقار [2].

و بهذا أصبح مجرد علم المشتري الثاني بسبق التصرف في العقار يعتبر عمل مستوجبا لقيام المسؤولية , و يترتب على ذلك عدم نفاذ التصرف القانوني الذي سجل في مواجهة المشتري الأول و يشترط في هذا كذلك أن لا يكون المشتري الثاني قد تصرف في العقار إلى شخص ثالث حسن النية [3].

---

(1) - voir Req , 08 Décembre 1858 / D.P 1858 / p 184.
- et voir / Req , 28 Février 1904 , D.p1905, 108.
- et Cass.Civ1 / 17 Oct. 1961 / J.C.P1962/ 11, 12758 / note Bullé.

(2) - voir Cass.Civ.3 E / 22 Mars 1968/D.1968, 412, note Mazeaud.
- voir Cass.Civ 3 E , 30 Janvier 1974 , D 1975, 427 .
- et note Panneau, Cass Civ .3 E / 20 Mars 1979 / 1979 D .396 .

(3) – قد يتفق في بعض الأحيان أن يقوم المشتري الثاني الذي يعلم بالبيع الأول ، ببيع العقار إلى الغير حسن النية ، و يترتب على ذلك عدم وجوب التعرض لهذا الأخير ، حيث باستطاعته أن يحتج بسنده الصحيح في مواجهة الكافة ، و بالتالي يعد هذا عقبة في التنفيذ لصالح المشتري الأول .

# المبحث الرابع

# دور التعسف في استعمال الحق في تحقيق توازن الأداءات في التنفيذ العيني

إن تنفيذ الالتزام لا يخلو من المستجدات التي تطرأ على هذه المرحلة المهمة في حياة العقد , ولقد رأينا أنه لا تكفي إرادة الأطراف للاتجاه إلى تنفيذ الالتزام , فلتحقيق هذا يجب أن يخلو الطريق من كل العقبات التي تحول دون التنفيذ , سواء بعرقلته أو تأخيره , أو حتى جعله مستحيلا في بعض الأحيان .

إن الرابطة العقدية تفترض من الناحية النظرية وجود توازن بين أطرافها , و لأجل هذا يسعى التشريع لوضع الوسائل القانونية التي تعيد إلى العقد توازنه , بما يحقق عدم انهياره , بالإضافة إلى التشريع فقد شغل هذا الأمر بال الفقهاء و خاصة في مشكلة التنفيذ العيني .

و التنفيذ العيني أصبح مبدأ مكرسا في العديد من التشريعات , و بالتالي فقد أصبح حقا مكرسا للدائن و بصدد الكلام عن ممارسة هذا الحق , يعترض سبيلنا مسألة قانونية في غاية الأهمية , و هي مسألة التعسف في استعمال الحق , و قياسا على هذا يمكننا أن نتطرق إلى مشكلة تعسف الدائن في استعمال حقه في التنفيذ العيني , فقد يكون من شأن التنفيذ إن يعرض المدين لأخطار جسيمة لا يمكن تداركها [1].

و بناء على ما سبق يعرف التعسف في استعمال الحق : " استعمال الانسان لحقه على وجه غير مشروع " , و يعرف أيضا : " بأنه تصرف الانسان في غير حقه تصرفا غير معتاد شرعا ".

و لقد لقيت نظرية التعسف في استعمال الحق في بدايتها الأولى رفضا من طرف أصحاب المذهب الفردي , حيث يرى هؤلاء أن استعمال الشخص لحقه يجب أن يكون مطلقا دون قيد , وبالتالي فإن القاعدة عندهم أنه لا يمكن أن ينسب للشخص و هو يستعمل حقه أي خطأ , و قد تضمن القانون الروماني فكرة التعسف في استعمال الحق , حيث أن القانون الروماني كانت متأثرا بالنزعة الفردية وبالتالي ظهر المبدأ القانوني , ما أخطأ من استعمل حقه " Nemineme leodit qui suo jure utiture " [2].

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 251.

(2) – راجع عبد الرحمان مجوبي ، التعسف في استعمال الحق و علاقته بالمسؤولية المدنية ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر 2005–2006 ، ص 65 .

و قد تأثر جانب من الفقه الفرنسي بالنزعة الفردية المستوحاة من القانون الروماني ومن أبرز الفقهاء الفرنسيين الذين عارضو فكرة التعسف في استعمال الحق , الفقيه "بلانيول" PLANIOL حيث يرى هذا الفقيه أن من يستعمل حقه لا يأتي إلا عمر مشروعا و أن الحق ينتهي حين يبدأ التعسف فلا يوجد ثم استعمال تعسفي للحق , و ذلك لكون الفعل لا يتصور أن يكون في آن واحد موافقا للقانون ومخالفا له , فالتعسف ليس إلا تجاوزا لحدود الحق , أما الفقيه "إسمان" ESMEIN يرى أن هذه النظرية تتناقض مع المبادئ القانونية لأن قيام المسؤولية التقصيرية على التصرف , لا تقوم على أساس نية صاحب الحق عند استعماله , بل على ركن الخطأ الذي لا يتوافر إلا في حالة العمل غير المشروع مما يؤدي إلى الخلط بين علم القانون و علم الأخلاق عند الاعتداد بالنية [1].

و الواقع أن نظرية التعسف في استعمال الحق وجدت طريقها كنظرية قائمة بذاتها في التشريعات الحديثة , و تبناها غالبية الفقه , و يقول في هذا الشأن الفقيه الفرنسي "جوسران" jossrand في رده على الفريق الذي يعارض نظرية التعسف في استعمال الحق , إذ يقول : " إن هذه الحدود بين القاعدة القانونية و القاعدة الخلقية لم توجد إلا في مخيلة بعض الفقهاء , و الدليل على ذلك ما في التعاريف التي وضعوها لهاذين القانونين ( علم القانون و علم الأخــلاق لتوضيح الفرق بينهما ) , من بعد دقة وتصنع يوضح الحيرة التي فـي أصحابها ...إذ مبــادئ القانون ما هـي إلا مبادئ الأخلاق بالقدر الذي يصحبها فيه جزاء و علم الأخلاق ما هو إلا البوتقة التي يصاغ فيها القانون عن طريق التشريع و العرف والقضاء "[2] .

## الفرع الأول

## معيار تقدير درجة إرهاق المدين في التنفيذ العيني للالتزام

لقد أشرنا فيما سبق أن العقد يقوم على أساس نوع من الموازنة بين أطراف العلاقة العقدية من الناحية الفرضية , و إذا كان من الناحية العملية أن هذه الموازنة التي تستدعي المساواة بين أطرف العقد لا تكون موجودة في أغلب الحالات إن لم نقل في مجملها , و مهما يكن من عدم المساواة فينبغي تحقيق نوع من المصالح التي تكفل لكل طرف أن يقوم بتنفيذ الالتزام التي تعاقد من أجله , و في حالة عدم تحقق ذلك فإن كل العقد و ما ترتب عليه من حقوق و التزامات مهددا بالانهيار .

و قــد يحدث أثناء تنفيذ العقد وجود نوع مــن المشقة فـي تنفيذ الالتزام يترتب عنها تحمل المدين

(1) – راجع العربي مجيدي ، نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة – دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون ، رسالة ماجستير في الشريعة و القانون ، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر ، 2001–2002 ، ص 266 .

(2) – المرجع نفسه ، ص 267 .

بخسارة فادحة , و هذا ما أشارت إليه المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري , حيث تنص على : " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها , و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي , و إن لم يصبح مستحيلا , صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة , جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ", و حسب رأينا أن المادة 3/107 من القانون المدني هي تطبيقا عمليا لنص المادة 164 من القانون المدني الجزائري , و التي تنص على :" يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا , متى كان ذلك ممكنا ", على أن المادة 3/107 تتعلق بنظرية الظروف الطارئة , إلا أنه و حسب رأيينا يمكن الاستناد إليها لرد التوازن إلى التزامات المدين , حتى في حالة عدم وجود ظروف طارئة , طالما أن تنفيذ الالتزام ليس ممكنا لا يلحق بالدائن ضررا جسيما ' , و أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فلم يتضمن صراحة هذا وفق الفروض التي تم الاتفاق عليها , و نشير أن نص المادة 2/203 من القانون المدني المصري أكثر وضوحا من نص المادة 164 من القانون المدني الجزائري , إذ تنص المادة السالفة الذكر على :" على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي , إذا كان ذلك الحكم , إلا أنه يستشف من قراءة نص المادة 1147 من القانون المدني الفرنسي [1].

إذن يستند التنفيذ على مبدأ هام , و هو وضع قيد على حق الدائن في التنفيذ العيني , ما دام أن هذا الأخير يشكل إرهاقا للمدين , و على المحكمة و هي بصدد معايرة الجزاء المناسب , أن تطالب الدائن بإقامة الدليل على الواقعة مصدر الالتزام الذي لم ينفذ , و بالمقابل على المدين الذي يدعي أن التنفيذ يشكل عبئا ثقيلا و مرهقا له , أن يقيم الدليل على ذلك , و للقاضي السلطة التقديرية لتقرير صحة إدعاء أحد أطراف العلاقة العقدية , **إلا أن التساؤل الذي يطرح هو حول تقدير درجة إرهاق المدين ؟**

و نشير أن غالبية الفقهاء العرب , يأخذون بالمعيار الموضوعي في تقدير درجة الإرهاق المهدد بالخسارة الفادحة [2].

---

(1) – نشير أن العبارة الأخيرة من نص المادة 164 من القانون المدني الجزائري ، ذات مدلول واسع و مربك ، و بالتالي فهل إمكانية التنفيذ ينظر إليها نظرة موضوعية ، أم ينظر إليها نظرة شخصية سواء بالنسبة إلى الدائن أو المدين ، و حسب رأيينا فإن النظرة الموضوعية لظروف التنفيذ هي الأولى بالأخذ ، و على القاضي أن يقوم بتقدير كل الظروف التي يمكن من خلالها أن تتحدد إمكانية التنفيذ من عدمه .

(2) – أنظر في هذا الشأن د / عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 645 .

– و راجع أيضا د / سليمان مرقس ، موجز أصول الالتزامات ، القاهرة 1961 ، ص 257 .

– و كذلك أشار د / عادل جبري محمد حبيب ، في مرجعه السابق ، في الهامش ص 257 ، إلى رأي أساتذة آخرين مثل : د / جميل الشرقاوي ، و د / عبد المنعم البدراوي ، و د / عبد المنعم فرج الصدة .

و بالتالي فإن هذا الفريق لا يعتد في تقدير درجة الإرهاق بما قد يحيط المدين من ظروف شخصية فتقدير الخسارة الفادحة يتم طبقا للمعيار الموضوعي , و بالتالي فإن المعمول به في هذا المعيار هو موضوع العقد و ليس شخص المدين , فالخسارة الفادحة يجب أن تنسب إلى الصفقة لا إلى مجموع الثروات التي يملكها المدين و تطبيقا لمبدأ التقدير الموضوعي للإرهاق , فإن المدين لو كان قد التزم بتوريد كمية من القمح , أو بإقامة منشأة أو مباني , أو كراء منزل , و ارتفعت الأسعار بشكل تهدد المدين بخسارة متحققة , و حتى لو كان بالإمكان تنفيذ الالتزام , إلا أن إجبار المدين على التنفيذ في هذه الحالة يعتبر إرهاقا له , و بالتالي يحق له أن يطلب دفع تعويض بدلا من تنفيذ التزامه عينا .

و نشير أن مسألة تقدير حد الإرهاق , هي مسألة موضوعية يختص بتقديرها قاضي الموضوع و لا رقابة عليه من طرف محكمة النقض – المحكمة العليا في الجزائر – , إلا أن هناك فريق من الفقهاء الفرنسيين , يذهب إلى التضييق من نطاق سريان هذه القاعدة [1].

و يقول الفقيه "لوران" في هذا الشأن : " للدائن الحق في طلب التنفيذ العيني للالتزام طالما كان ممكنا , و يجب على القاضي أن يحكم به وهذا هو المعنى الحقيقي الذي قصد إليه المشرع بالمادة 1143 من المجموعة , فللدائن الحق قانونا في أن يطلب إزالة ما وقع بالمخالفة للالتزام , و بمجرد أن يصبح ذلك من حق الدائن , فإنه يصير التزاما على القاضي " [2].

## الفرع الثاني

## معيار تعسف الدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني

يتعلق التعسف باستعمال الحق أساسا بتصوير الحق و ممارسته , و لأن كان مفهوم الحق من المفاهيم التي أثارت جدلا فقهيا واسعا في تحديد مفهومه , فإن ما يتعلق بممارسة الحق بدوره لم يسلم من الخلاف , و قد سبق لنا أن تطرقنا إلى ظهور هذه الفكرة القانونية التي ترسخت في الفقه القانوني الحديث .

و إن ما يهمنا في هذا المقام , هو تحديد معيار تعسف الدائن في استعمال الحق في التنفيذ العيني فإذا كان عنصر الإرهاق مهم للبت في التنفيذ العيني, فإن الأمر لا يكفي لوحده لإعمال نظرية التعسف

(1)– voir Planiol et Ripert , les obligations , tome 2 , p 783 .
- et voir Roujou De Boubee , op-cit , p 170 .

(2) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 261.

بحيث يجب على المدين أن لا يكتفي بإثبات أن التنفيذ العيني يشكل إرهاقا يهدده بخسارة فادحة , فيجب عليه أن يثبت أن مطالبة المدين بالتنفيذ العيني في هذه الحالة يشكل تعسفا في استعمال الحق , و بالتالي **ما هو المعيار الذي يمكن على أساسه إثبات إدعاء تعسف المدين ؟**

إن محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 15 فيفري 1973 , و مما جاء في حيثيات القرار ما يلي : " ثمة تعسف في استعمال الحق سواء كان مصدره القانون أو الاتفاق , متى كان القول به أو استعماله في كل مرة غير مفيد بالنسبة للمدعي , و ضار بالمدعى عليه , و هذه الصلة تثبت قصد الإضرار بالغير لدى المدعى فالمنفعة أو عدمها ينبغي تقديرها موضوعيا , و هي حاسمة في بيان التعسف " [1].

و يتبين لنا من مختلف الأحكام و القرارات القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي , أن هذا الأخير يأخذ بمعيار المصلحة الجادة المشروعة , فحق الدائن في التنفيذ العيني يتقيد بتحقيق غاياته فينبغي أن يستعمل هذا الحق لتحقيق المصلحة المشروعة " l'intérêt légitime ", أو الباعث الصحيح " Motif juste" , و على هذا الأساس يتعين على القاضي حينما ينظر إلى طلب الدائن التنفيذ العيني فإنه لن يكون من السهل على القاضي رفض هذا الطلب بحجة إرهاق المدين أو غيرها من الحجج وبالتالي عليه أن ينظر في مشروعية الغاية من طلب التنفيذ العيني حتى يتحقق فيما إذا كان الدائن متعسفا في طلبه أم لا .

و إذا كان معيار الغاية المصلحة الجادة و المشروعة , المعيار المطبق من طرف أغلبية القضاء الفرنسي , إلا أن جانب من القضاء حاول تطبيق معيار الوظيفة الإجتماعية للحق " la fonction sociale du droit ", و حسب نظرة هذا القضاء فإن للحق وظيفة اجتماعية , و بالتالي فيعد متعسفا من يخرج عن هذه الوظيفة بغض النظر عن المصلحة الشخصية التي يهدف إليها من جراء استعمال الحق .

و قد تجسدت هذه الفكرة في قرار صادر عن دائرة الطعون بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1909.03.23 , و قد أيدت محكمة النقض الفرنسية حكما برفض دعوى الدائن بطلب التنفيذ العيني و مما جاء في أسباب الحكم :' أن تعديل الأعمال التي سبق للمقاول القيام بها , تقتضي هدم البناء بأكمله مما قد يسفر عنه نفقة تجاوز بكثير الضرر الناشئ من القصور في التنفيذ , و لما كان تقدير قيمة العمل ينبغي أن يتم بالنظر إلى آثاره الإجتماعية , فينبغي على المحكمة رفض دعوى الدائن بالتنفيذ العيني ..." [2].

(1) - voir Cass . Civ.3 ch , 15 février 1973 , J.C.P , 1973 . p 1754 .

(2) - voir Cass.Civ .23 Mars 1909, D.1910,1,

و إن الأخذ بفكرة الهدف الاجتماعي لرفض طلب الدائن بالتنفيذ العيني من طرف القضاء ينطوي على صعوبات جمة من الناحية العملية , فإعطاء معنى واضح لفكرة الهدف الاجتماعي أمر في غاية الصعوبة , على أساس أن الحياة الإجتماعية تتغير في مختلف صورها , و بالتالي متى يمكن الأخذ بعين الاعتبار الغاية الإجتماعية و متى لا يمكن ذلك , كما أن هناك صعوبة أخرى و التي تنطوي على خطورة حقيقية , ذلك أن الهدف الاجتماعي يفتح المجال لتدخل لاعتبارات السياسة و الدين و الاقتصاد مما يجعل استعمال الحق خاضعا في تقديره لوجهات نظر متشعبة و متباينة [(1)].

إن صعوبة إعطاء مدلول واضح لفكرة الهدف الاجتماعي , جعل القضاء يعدل عن هذه الفكرة ويرجع إلى الأخذ بالفكرة القديمة , و هذا ما تجسد في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1963.12.13 , حيث نقضت الدائرة المدينة الحكم الصادر عن محكمة إستئناف" مونبلييه" – la cour d'appel de Montpellier – الصادر بتاريخ 1961.07.30 , و مما جاء في حيثيات الحكم " أن التنفيذ العيني الذي التمسه المدعون لم يكن مستحيلا , بل أن من حقهم الحصول عليه وفقا لنص المادة 1143 مدني فرنسي , و المحكمة برفضها القضاء بالتنفيذ العيني فقد انتهكت النص المشار إليه , وليس لها التذرع باعتبارات الصالح العام " [(2)].

## الفرع الثالث

## توازن الأداءات في التنفيذ العيني في التشريع و الفقه الإسلامي

يرى البعض أن التعسف في استعمال الحق يدخل في نظام المسؤولية التقصيرية اذ يعتبر المتعسف قد ارتكب خطأ في استعمال حقه ويتحقق هذا متى انحرف عن سلوك الرجل العادي سواء كان الخطأ جسيما او يسيرا , وهناك من يرى ان نطاق التعسف في استعمال الحق أوسع حيث انهما يخرجان عن مجال الخطأ تماما وهذا ما يراه الأستاذ "علي علي سليمان" اذ يقول : ( التعسف في استعمال الحق قد استمدته قوانيننا العربية من الشريعة الإسلامية أصلا , وهذه الشريعة لا تقيم المسئولية في حالة التعدي على أساس الخطأ بل تنظر إليها نظرة موضوعية ... فيعتبر التعسف في استعمال الحق مستقلا عن نظام المسئولية التقصيرية ) .

---

(1) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 847 .

(2) – يبرر البعض هذا التوجه بإطلاق يد القضاء في صياغة الحل الذي يراع القاضي في موضوع التنفيذ العيني ، دون أن يتفرض عليه قيود في هذا الشأن .

- et voir Cass /Civ , 13 Décembre 1963 , Bull .Civ.1, N° 604 , p 458.

و لقد تضمن كل من التشريعات الثلاث محل الدراسة النص على أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق , فقد تضمنت المادة 124 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري النص على أحكام التعسف في استعمال الحق بنصها : " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ".

**و أما المشرع المصري** فقد وضع القاعدة العامة في استعمال الحقوق في نص المادتين الرابعة والخامسة من الباب التمهيدي , مقررا بنص المادة الخامسة تحريم التعسف في استعمال الحق كمبدأ عام و جعل من فكرة المصلحة الجادة المشروعة معيارا للتعسف .

**و أما في فرنسا** فقد لقيت نظرية التعسف في استعمال الحق التي كرسها القضاء الفرنسي في بعض أحكامه إنكارا من جانب بعض فقهاء المذاهب الفردية , و قد خلى القانون المدني الفرنسي من نصوص قانونية تحرم التعسف في استعمال الحق كمبدأ عام , إلا أن الفقه و القضاء أرسى معالم نظرية التعسف في استعمال الحق على أساس فكرة الخطأ التقصيري [1].

و عليه فإن ارتباط نظرية التعسف في استعمال الحق مع نظرية التنفيذ العيني ارتباط وثيق بما أننا بصدد الحديث عن علاقة مديونية , و عن حق الدائن في التنفيذ , و بالتالي فهل يحق لهذا الأخير أن يرغم مدينه على التنفيذ مهما كانت الظروف , و الواقع أن نظرية التعسف في استعمال الحق تتدخل لتضع حدودا لحق مطالبة الدائن للمدين بالتنفيذ العيني , فحق الدائن في التنفيذ العيني مقيد بعدم إرهاق المدين , إلا أنه بالمقابل فإن إعفاء المدين من التنفيذ العيني في هذا الفرض , ليس منوطا بإرهاق المدين وحده , بل هو مشروط بألا يترتب على هذا الإعفاء ضرر جسيم للدائن .

و على هذا فإن القاضي الذي ينظر في الدعوى التي يرفعها الدائن للمطالبة بالتنفيذ العيني , أن يطالب الدائن بإثبات ما يدعيه في واقعة عدم تنفيذ الالتزام , و بالمقابل أن تطالب المدين بإقامة الدليل على أن هذا الطلب هو طلب تعسفي , و أن التنفيذ أصبح مرهقا له و بالنتيجة يطلب إعفاءه منه , و منه فإذا اقتنع القاضي بهذا يحكم له بالتعويض النقدي وفقا لقواعد المسؤولية العقدية .

و هكذا يتبين لنا دور نظرية التعسف بحيث تمتد لتكون لنا أساسا لتحقيق فكرة الموازنة في موضوع

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 252 .

التنفيذ العيني , **و لعل السؤال الذي يطرح حول معيار تقدير درجة إرهاق المدين الذي يؤدي إلى الحكم عليه بالتعويض , و عن معيار تقدير إعتساف الدائن في استعمال حق التنفيذ العيني , و هل التعويض النقدي يشكل سمة إرضائية له ؟**

لقد أشرنا فيما سبق أن هناك معايير لتقدير درجة إرهاق المدين , و دون أن نخوض مجددا في ذكر هذه المعايير نعيد القول أن أغلب الفقه العربي يأخذ بمعيار الموضوعي في تقدير درجة الإرهاق المهدد بالخسارة الفادحة , فالمعمول به في هذا المعيار هو موضوع العقد , و ليس شخص المدين فالخسارة الفادحة يجب أن تنسب إلى الصفقة , لا إلى مجموع الثروات التي يملكها شخص المدين , إذ كثيرا ما يحدث في أرض الواقع أن يسبب إرهاق طفيف في إحداث خسارة فادحة لمدين ما , دون أن تحدث هذه الخسارة لمدين أخر لديه من الإمكانات المادية الهائلة و الثروات الطائلة .

و يمكننا في هذا الصدد أن نستند إلى الحكم الصادر من الدائرة المدنية لمحكمة النقض المصرية الصادر في 01 فيفري سنة 1966 , و الذي جاء فيه :" لئن كان الأصل أن للدائن المطالبة بتنفيذ التزام مدينه عينا , إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء تقضي به المادة 2/203 من القانون المدني أساسه ألا يكون هذا التنفيذ مرهقا للمدين , إذ يجوز في هذه الحالة أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما , فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه على أن تنفيذ المؤجرة التزامها بتركيب المصعد ليس من شأنه إرهاقها لأنه سيعود عليها بالفائدة بالإضافة إلى ملكها , و الانتفاع بأجرته الشهرية المتفق عليها , و كان هذا القول من الحكم لا يؤدي إلى انتفاء الإرهاق عن المؤجرة ( الطاعنة ) إذ يشترط لذلك أن لا يكون من شأن تنفيذ هذا الالتزام على حساب الطاعنة بذل نفقات باهظة تتناسب مع ما ينجم من ضرر للمطعون عليه ( المستأجر ) , من جراء التخلف عن تنفيذه , وإذ لم يحدد الحكم نوع المصعد المناسب للمبنى , و الثمن الذي يتكلفه , و ما يستتبع ذلك من تحديد نفقات تركيبه , و ما إذا كان الثمن يتناسب مع قيمة المبنى فقد حجب نفسه عن بحث مدى الإرهاق الذي يصيب الطاعنة بتركيب المصعد لمقارنتـه بالضرر الذي يلحق المطعون عليه مـن عدم تركيبه ممـا يعيب الحكم مخـالفة القانون و القصور في التسبيب " **(1)** .

و هكذا أسست محكمة النقض المصرية قضاءها على أن طلب المستأجر بالتنفيذ العيني رغم النفقات الباهظة التي ستنفقها المستأجرة , يعد إساءة من جانب المستأجر في استخدام حق التنفيذ العيني فالأمر فـي هذه الحالــة سيؤدي إلى نشوء أعبـاء غير متناسبة , و أضرار جسيمة بمصالـح المدين الاقتصادية و المالية , و من ثم فلا حق للدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني , لأنه يستهدف من ذلك الحصول على ما لا حق له فيه .

---

(1) – نقض مدني أول ، صادر في فيفري 1966 ، و قد أشار إليه د / عادل جبري محمد حبيب في مرجع السابق ، ص 206 .

ومنه فهناك شبه إجماع عند الفقه و القضاء باعتماد المعيار الموضوعي في تحديد درجة الإرهاق **و لكن ما هو الأساس الذي يتضمنه المعيار الموضوعي في تقدير درجة الإرهاق ؟**

ولقد إضطرد القضاء الفرنسي في الحكم بصدد تعسف الدائن في استعمال حقه في التنفيذ العيني عند غيبة المصلحة الجادة المشروعة Intérêt sérieux et légitime , أو المنفعة الشخصية Utilité personnelle , أو الغرض الأكثر جدية motif appréciable التي تعود عليه من استعمال ذلك الحق فإذا تحققت منفعة الدائن انتفى مع قيامها التعسف في استعمال حق التنفيذ العيني .

و هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 15 فيفري 1973 بأنه : " ثمة تعسف في استعمال الحق سواء كان مصدره القانون أو الاتفاق , متى كان القول به أو استعماله في كل مرة غير مفيد بالنسبة للمدعي , و ضار بالمدعى عليه , و هذه الصلة تثبت قصد الإضرار بالغير لدى المدعي , فالمنفعة أو عدمها ينبغي تقديرها موضوعيا , و هي حاسمة في بيان التعسف " [(1)].

و في حكم أحدث أعلنت محكمة باريس الابتدائية أن :" التنبيه بالإخلاء الذي وجهه مالك العقار إلى مستأجري إحدى الشقق يلغى لتعسفه " , أما محكمة دارجونييو – Draguignau– فقد قضت بمسؤولية الدائن في استعمال حقه في التنفيذ , متى كان لديه أكثر من وسيلة لاستعمال حقه , فاختار أحدها دون أية منفعة – Sans nécessité a aucun intérêt – , و تؤدي إلى الإضرار بالغير " [(2)].

و عليه و على الرغم من استقرار معيار المصلحة في القضاء الفرنسي كمعيار موضوعي , يحقق لمبدأ التنفيذ العيني مرونة و ليونة في التطبيق , و بالتالي يحقق الموازنة في الأداءات , إلا أن طائفة من المحاكم الفرنسية حاولت الاستعانة بمعيار آخر قوامه الوظيفة الإجتماعية للحق – la fonction sociale du droit – , إذا رأى هذا القضاء في الحقوق وظائف اجتماعية غاياتها مرسومة و محددة بحيث يعد متعسفا في استعمال حقه من يهدف إلى تحقيق غايات غير اجتماعية , أيا كانت المصلحة الشخصية التي يهدف إليها من جراء استعمال الحق [(3)].

---

(1) – voir Cass . Civ 3éme chambre . 15 février 1973 . J.C.P . 1973 . p 17584 .

(2) – voir Tribunal d instance de Paris , 25 avril 1978 , Gazelle de palais , 1979 , p 71 .

- et voir Tribunal civil de Draguignau , D 1911 , 133 .

(3) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 264 .

و قد تجسد هذا الرأي في الحكم الصادر عن محكمة انقض الفرنسية بتاريخ 23 مارس 1909 و الذي أيد الحكم الصادر برفض دعوى الدائن بالتنفيذ العيني , و قد ورد في أسباب ذلك الحكم : " أن تعديل الأعمال التي سبق للمقاول القيام بها , يقتضي هدم العقار بأكمله , مما قد يسفر عن نفقة تجاوز بكثير الضرر الناشئ من ذلك القصور في التنفيذ , و لما كان تقدير قيمة العمل ينبغي أن يتم بالنظر إلى آثاره الإجتماعية , فينبغي على المحكمة رفض دعوى الدائن بالتنفيذ العيني .." (1).

و هكذا استطاع القضاء الفرنسي , أن يرفض الاستجابة لطلب الدائن بالتنفيذ العيني , استنادا إلى عدم التناسب بين المنفعة التي تعود عليه من هذا التنفيذ , و الاعتبارات الإجتماعية و الصالح العام حتى و لو ظل هذا التنفيذ ممكنا بعد ذلك من الناحية المجردة (2).

و عليه فإن التشريعات تسعى إلى تحقيق نوع من الموازنة في الآداءات , في مجال التنفيذ العيني وانطلاقا من نظرية التعسف في الاستعمال الحق يمكن الوصول إلى تحقيق هذا التوازن بما يضمن الحفاظ على حقوق الدائن و المدين تحقيقا للعدالة العقدية , و منه فإن كل من التشريع الجزائري والتشريع المصري , و كذلك التشريع الفرنسي يسعون إلى الوصول إلى هذا من خلال تنظيم أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق , و جعلها أكثر شمولية لتنظم كافة العلاقات القانونية .

و عليه فإذا كان التشريع قد يسعى إلى تحقيق الموازنة في الآداءات , فهل الأمر كذلك في الفقه الإسلامي و الشريعة الإسلامية , و بالتالي فإن التساؤل الذي يطرح **هل يسعى الفقه الإسلامي إلى تحقيق الموازنة في الآداءات في التنفيذ العيني ؟**

و إن الشريعة الإسلامية كغيرها من الشرائع الحية , تسعى إلى تحقيق العدل و التوازن بين الدائن و المدين , و في سبيل تحقيق ذلك جاءت معايير الفقه الإسلامي أساسها تحقيق المصلحة بين الدائن و المدين , و تطبيقا لهذا الأصل لا يجوز للدائن أن يستعمل حقه في التنفيذ العيني دون مصلحة يحققها لنفسه , و في نفس الوقت يضر عمله بالمدين .

إن مبدأ التنفيذ العيني في الشريعة الإسلامية قائم على مبدأ مهم , و هو مبدأ **إنظار المدين المعسر إلى أن يوسر** , و هذا المبدأ مسلم به في الفقه الإسلامي , و بالتالي لا خلاف بين الفقهاء المسلمين بما يحقق احترام الإسلام لآدمية المدين , و عليه فإن هذا المبدأ نابع من قول الله عزوجل :" **و إن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة** " (3).

(1) – voir Cass Civ , 23 Mars 1909 , D,1910 , Gazelle du palais , p 343 .

(2) – voir Roujou de Boubee , op-cit , p 175 .

(3) – سورة البقرة , الآية 208 , و العسرة هو ضيق الحال مطلقا ، و يراد به هنا ضيق الحال من جهة عدم وجود المال , و يراد بالمدين المعسر في الفقه الإسلامي ، هو فاقد المال الذي ضيقت عليه طرق كسبه و الحصول عليه .

و قد جاء في الزواجر , أخرج أحمد ابن عباس رضي الله عنهما , قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من انظر معسرا , أو وضع له ( أي حط عنه دينه ) , أو بعضه بالبراءة منه , وقاه الله فيح جهنم " (1).

إن الفقه الإسلامي لا يخلو من إبداع علماء الشريعة الإسلامية , فقد قدم لنا الفقه الإسلامي والقضاء الإسلامي بما أوجده من أحكام في غاية الإبداع قواعد شرعية محكمة , و ضابط في الموازنة والترجيح فنجد منها القاعدة الشرعية التي تقرر أن : " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف " , و هذه القاعدة تحقق بحق الموازنة بين الدائن و المدين (2).

و مضمون هذه القاعدة تحقق الموازنة بين ما يترتب على تمسك الدائن بالتنفيذ العيني , و ما يلزم عن هذا التمسك من ضرر يصيب المدين , فإذا كان الضرر الناشئ للمدين أقل من المنفعة , لم يمنع الدائن من التصرف , كذلك إذا كان الضرر مماثلا , لأن الضرر لا يزال بمثله , أما إذا كان الضرر أكبر فإنه يمنع و يعد مسؤولا , و لو ترتب على هذا المنع ضرر أقل (3).

و كذلك نجد في الفقه الإسلامي قاعدة شرعية أخرى تكفل تحقيق الموازنة المنشودة , و مضمون القاعدة هي : " الضرر يدفع بقدر الإمكان" , فكل فعل يؤدي إلى نشوء ضرر راجح يقينا أو ضنيا كان يمنع و يمكن دفعه , دفعا للضرر بقدر الإمكان (4).

و هكذا كـان للقواعد المقررة في الفقه الإسلامـي أثرها من أجـل تدعيم التوازن الاقتصادي في العقد و الحفاظ على بقائه إلى غاية مرحلة التنفيذ , و لم تكتفي الشريعة الإسلامية بتحقيق الحماية للدائن بل شملت أيضا إلى تمديد هذه الحماية للمدين , فأوجدت بهذا النسيج الذي يربط بين حق الدائن و واجبه في ألا يفتك بمدينه العاجز عن الأداء .

و مما سبق قوله فإذا كان التشريع قد أرسى معالم نظرية التعسف في استعمال الحق , لتمتد لتحقق الموازنة في الآداءات بين الدائن و المدين , فإن الشريعة الإسلامية بما تجود بها قريحتها لم تتخلف عن وضع الضوابط و القيود التي تحقق الموازنة , و بهذا هزت الشريعة الإسلامية تلك النظرة القاسية التي عومل بها المدين دون أخذ لأي اعتبار إنساني أو حفظ كرامة هذا الإنسان .

---

(1) – راجع أبي العباس أحمد بن محمد علي بن محمد المكي ، كتاب الزواجر عن اقتراف الكبائر ، الجزء الثالث ، و هو منقول من الموقع الإلكتروني التالي : http://www.islamicbook.ws/amma/alzwajr-.pdf

(2) – راجع المادة 27 من مجلة الأحكام العدلية .

(3) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب , المرجع السابق , ص 270 .

(4) – راجع المادة 31 من مجلة الأحكام العدلية .

# الفصل الثالث

# الوسائل غير المباشرة للتنفيذ العيني

تعتبر مسألة التنفيذ العيني للالتزام من المسائل القانونية التي استرعت بال الفقهاء , و قد حرص الفقه عموما و حتى القضاء و التشريع على إيجاد وسائل كفيلة بتحقيق التنفيذ العيني , فإذا كان الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذا اختياريا طوعيا , إلا أن هذا لا يكون في كل الحالات , فمن المدينين من يخل بتنفيذ التزامه تعنتا و رفضا , و من هنا نواجه مشكلة التنفيذ العيني للالتزام , و لأجل إيجاد الحلول العملية لهذه المشكلة التي يضطرب معها النظام القانوني و الاقتصادي و حتى الاجتماعي .

فعدم تنفيذ الالتزام يترتب عليه فقدان الأمان القانوني الذي هو أساس التعامل بين الأفراد وباعتبار أن العقد يمثل قيمة اقتصادية فإن أي خلل يشوب تنفيذه سينعكس سلبا على الجانب الاقتصادي وكل هذا له تأثير على الحياة الإجتماعية للأفراد , و عليه فعدم تنفيذ الالتزام ليس بالبساطة التي نتصورها فهي في غاية التعقيد .

و لا شك في أن القضاء في المجتمعات المدنية الحديثة يتكفل بحل المشكلة و تحقيق قوة القانون ويعمل على حمايته , و بهذا يتحقق مبدأ عدم جواز الاقتضاء الشخصي أو الذاتي للحق – nemo – bebet essa jedex inproprai causa [1].

إن فكرة الاقتضاء الذاتي للحق أو بما يعرف بفكرة الانتصاف الخاص – la justice privé – وإن كانت أغلب التشريعات ترفضها , إلا أنه و بالمقابل تذهب تشريعات أخرى إلى قبول هذا الأمر وإلى إقرار الوسائل المختلفة له دون الرجوع إلى مرفق القضاء و سلطة القاضي , و من هذه الدول نجد كل من التقنين المدني الجزائري و التقنين المدني المصري , و التقنين المدني الألماني والقانون المدني السويسري [2].

و قد أيد بعض الفقه فكرة الانتصاف الخاص , فنجد الأستاذ " فاليماريسكو" vallimaresco عرف الانتصاف الخاص بأنه : " تلك الواقعة التي يكون بمقتضاها لصاحب الحق أن يبادر من تلقاء نفسه

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 346 .

(2) – من الأحكام التي تضمنها القانون المدني الجزائري و المتعلقة بالانتصاف الخاص ما تضمنته المادة 200 و المتعلق بالحق في الحبس ، أو ما تضمنته المواد 297 و 298 المتعلقة بالمقاصة .

وبدون تدخل السلطات لحماية الحق أو لتنفيذه " (1).

و يقسم الأستاذ "فاليماريسكو" الفترات التي مر بها هذا المبدأ , إلى فترات الانتصاف الخاص الفوضوي – anarchique – الذي عرفته البشرية في عهودها الأولى , ثم تليها فترة الانتصاف الخاص الانتقائي – transitoire – و فـي هـذه الفترة خطـى الانتصاف الخـاص خطواتها الأولـى نحـو التنظيم , و في الأخير وصل إلى فترة الانتصاف الخاص الإحتياطي – subsidiaire – , و هذا النوع الأخير من الانتصاف لا يتنافى مع الحضارة المدنية الحديثة , فالنظر إلى الغرض منه نجده أنه يكمل فكرة العدالة و اقتضاء الحق بالوسائل العامة , و منه فليس بالضرورة أن ما يخرج عن نطاق القضاء العام لا يحقق العدالة و هو أمر مرفوض , بل بالعكس فإن في فكرة الانتصاف الخاص العديد من المزايا و قد يصل إلى تحقيق العدالة ما دام أنه محفوف بالضمانات المختلفة , و لعل أصدق مثال على هذه الوسائل البديلة للقضاء العـام , التحكيم التجـاري و ما يلعبه من دور فعـال في حل المنازعات التجارية و تحقيق العدالة بأقل التكاليف و في فترة أقل من الفترات التي يستغرقها قضاء الدول .

و الواقع أن قاعدة حظر الالتجاء الذاتي للحق لم يعد ذا أثر مطلق , فالعدالة الخاصة لها بعض التطبيقات في النظام القانوني الحديث , و منه تعتبر المقاصة في حقيقتها إلا انتصاف الشخصي لحقه في أمواله , كما قد يتوصل الدائن في بعض الحالات إلى الحصول على التنفيذ العيني بعمله الخاص دون اللجوء إلى القضاء , و لعل الحق في الحبس أصدق صورة لممارسة الانتصاف الخاص (2).

و نحن بدورنا لا نعارض فكرة الانتصاف الخاص مادام هذا الإجراء يساهم في تحقيق التنفيذ العيني ولكن نطاق ممارسة الحق محدود في حالات معينة و مجالات معينة , لأجل هذا لا يمكن إدراجها ضمن الوسائل غير المباشرة للتنفيذ العيني , و بناءا على هذا هناك وسائل غير مباشرة تؤدي إلى تحقيق الغرض من وجودها , و تتمثل هذه الوسائل في الغرامة التهديدية , و الشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي .

---

(1) – « la justice privée est le fait pour le titulaire d’un droit de procéder de sa propre initiative et sans l’intervention des autorité a la protection ou a l’exécution de son droit » , voir dans se sens Vallimaresco , la justice privée en droit moderne , thèse de doctorat , paris , page 14 .

(2) – نشير أن فقهاء الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها يجمعون على قبول مبدأ الاقتصاص الخاص ، و يستندون في ذلك إلى حديث هند بنت عتبة عندما شكت للنبي صلى الله عليه و سلم زوجها أبا سفيان ، حيث قالت هند للنبي صلى الله عليه و سلم أن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني و ولدي ، فقال : " خذي من مال أبا سفيان ما يكفيك و ولدك بالمعروف ، و يذهب الفقهاء إلى أن قول الرسول صلى الله عليه و سلم هو إفتاء و ليس قضاء ، إذ أنه ينطبق على أي من النساء في الحالات المشابهة .

إن التنفيذ العيني للالتزام يعاني في بعض الأحيان من عدم الفعالية , و على إثر هذا يتعطل فيها اقتضاء الحقوق بسبب سوء نية المدين و امتناعه عن التنفيذ , و أمام عدم وجود أداة للتغلب على عناد المدين في الحالات التي يعول فيها للتنفيذ على شخص المدين , بالإضافة إلى أن وسيلة الإكراه البدني باعتبارها وسيلة غير مباشرة لإجبار المدين على التنفيذ , أصبحت في القوانين الحديثة وسيلة استثنائية لا يتم اللجوء إليها إلا في حالات نادرة , الأمر الذي يستدعي إيجاد وسائل تهدف إلى التغلب على عناد المدين ة إجباره على التنفيذ , و منه فإن ظهور الغرامة التهديدية كوسيلة إجبار غير مباشرة أصبحت أداة ضرورية في نطاق الالتزام المدني و هي تتفق و طبيعة هذا الالتزام [1].

و منه تبرز القيمة العملية للغرامة التهديدية كوسيلة إجبار غير مباشرة يكون للدائن الحق في اتخاذ إجراءات الحكم بها , عندما تبدو ثمة مظاهر تعنت المدين و امتناعه عن التنفيذ , و ينبني على هذا دور جديد للقاضي المدني يتمثل في تدخله لكسر عناد المدين و إكراه على التنفيذ من خلال فرض الغرامة التهديدية , وهذا الدور يمارسه القاضي من خلال منظومة تشريعية تعنى بتنظيم الجانب الموضوعي والإجرائي للغرامة التهديدية , إذ لا يكفي مجرد تنظيم الجانب الموضوعي دون الجانب الإجرائي لأن من كلاهما معا يتشكل جوهر نظام الغرامة التهديدية , و يسهل على القضاء تطبيقه وبالرغم من هذا نجد أن القانون المدني الجزائري و كذلك القانون المدني المصري عند تقنين نظام الغرامة التهديدية قد ركزا على الجانب الموضوعي , و أغفلا تنظيم الجانب الإجرائي , و هذا على خلاف القانون الفرنسي الذي كان أكثر اهتماما و توفيقيا في تنظيم الجانب الإجرائي .

و إلى جانب الغرامة التهديدية كوسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني , هناك وسيلة أخرى لا تقل أهمية عنها و هو نظام الشرط الجزائي , و قد ظهرت هذه الوسيلة في عهد الرومان , و انتقل فيما بعد إلى القانون المدني الفرنسي و التشريعات الأخرى , و قد ازداد اللجوء إلى هذه الوسيلة نتيجة لتأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزامه في الموعد المتفق عليه , هذا ما استدعى أن يشترط الأفراد في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه , أو يمتنع عن ذلك كلية وعليه يمكن القول أن الشرط الجزائي ( أو التعويض الإتفاقي ) عبارة عن اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا قيمة التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه , و بالتالي إذا تحققت شروط الشرط الجزائي و كان هناك تناسب بين التعويض المتفق عليه و الضرر الواقع , تعين على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان , وبهذا يكون الشرط الجزائي وسيلة إكراه غير مباشرة إلى جانب الغرامة التهديدية .

(1) – راجع د / بخيت محمد بخيت علي ، المرجع السابق ، ص 2 .

و من خلال ما تقدم سنحاول التطرق بنوع من الإسهاب إلى دراسة الغرامة التهديدية في **المبحث الأول** و إلى دراسة الشرط الجزائي في **المبحث الثاني** , و الوسائل القانونية و الإجرائية الأخرى لضمان التنفيذ العيني في **المبحث الثالث** .

## المبحث الأول
## الغرامة التهديدية

قد يحتاج الحكم أو القرار القضائي لتنفيذه , بعد صدوره و صيرورته حكما حائزا لقوة الشيء المقضي به إلى نوع من الإلزام أو الإكراه ليتم تنفيذه , فكثيرا ما يماطل المحكوم عليه للامتثال للحكم القضائي , و بالتالي فإن الأمر يتطلب وسيلة قانونية تجعل من أحكام القضاء وسيلة فعالة لحماية الحق و في هذا الشأن يقول الأستاذ "جوس" Jousse : " إن القضاء سيكون وهميا و لا جدوى منه إذا كان القاضي الذي يزاوله لا يملك سلطة الإجبار لتنفيذ أوامره , أو كان غير مزود و لو بقدر زهيد من السلطة يمكنه من ردع من يخالف أوامره " [(1)].

و العلاقات القانونية تقوم من الناحية النظرية على جملة من القيم الأخلاقية , فالأطراف تتعاقد على أساس الثقة المتبادلة , و احترام الكلمة , و كل هذا يتجسد في مبدأ حسن النية , و حرصا من المشرع على تكريس هذا المبدأ فقد نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري و تقابلها المادة 148 من القانون المدني المصري و المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي .

و من الأمانة أن يحترم المتعاقدان ما تعهدا عليه , و بالتالي فإن التحلل من هذا التعهد يهدم كيان العقد وكذلك ما يحققه هذا الأخير من قيم إنسانية و اقتصادية , و لأجل هذا كان من الطبيعي أن يزود الدائن بوسائل الضغط تمكنه من التأثير على إرادة المدين و ترغمه على التنفيذ العيني , و تماشيا مع هذه الفكرة يقول الأستاذ "كوستيه" Coster :' إن الدائن باستطاعته اقتضاء التنفيذ العيني المباشر بتطبيق المادة 1134 , و التي تقتضي باحترام الكلمة المعطاة , و هكذا يجب ألا يقنع الدائن بالتعويض إلا إذا طرأت إحدى حالات الاستحالة التي تحول دون ذلك التنفيذ ' [(2)].

و قد ابتدع القضاء الفرنسي نظام التهديد المالي أو الغرامة التهديدية astreinte , كوسيلة لمواجهة

---

(1) - voir Jousse , Traité de l’administration de la justice , 1912 , p 1 .

(2) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 427.

– et voir , Coster .(E.V) , les astreints,  thèse de doctorat , Rennes 1966 , p 6 .

تماطل المدين و تسويفه عند تنفيذ الالتزام , و بالمقابل تمكين الدائن من الحصول على حقه في التنفيذ رغم إرادة المدين , و قد وجد هذا النظام سبيله إلى التطبيق ما بين سنة 1809–1811 , و بالتالي فإن إجراء الغرامة التهديدية وجد بعد صدور تقنين نابليون , إلا أن هناك من الفقهاء من يرى أن الغرامة التهديدية سابقة في وجودها عن تقنين نابليون , و مهما يكن من الأمر فإن الاشكالية لا تكمن في البحث عن السابق في الوجود , و إنما يكمن الأمر في تحديد الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية ومدى فعالية هذه الوسيلة لحصول الدائن من المدين على التنفيذ العيني (1).

و لقد حاول الفقه إيجاد أساس قانوني للغرامة التهديدية , فراح البعض يقيم هذا الأساس على فكرة المسؤولية المدنية , بينما ذهب فريق آخر إلى تأسيسها استنادا إلى قانون الإجراءات المدنية , عليه سنحاول التطرق إلى التأصيل القانوني للغرامة التهديدية القضائية لنستمر في دراسة هذه الوسيلة و أثرها على التنفيذ العيني .

**1 – <u>أساس نظرية المسؤولية المدنية</u> :** يرى هذا الفريق أن الغرامة التهديدية ما هي إلا حكم بالتعويض – condamnation a des dommages-intérêts – يصدر الحكم بها في الفرض الذي يخل فيه المدين بتنفيذ التزامه , و قد استمد هذا الفريق هذه الفكرة من نص المادة 1149 من تقنين نابليون , وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا التوجه في العديد من أحكامها , إلا أنه سرعان ما تخلت محكمة النقض الفرنسية عن هذا التوجه , على اعتبار أنه لا يعطي تفسيرا للسمة التهديدية و لا السمة المؤقتة للحكم الصادر بالغرامة التهديدية (2).

**2 – <u>أساس نصوص قانون المرافعات</u> :** عارض جانب من الفقه التصور السابق , و حاولوا على إثره إعطاء تفسير آخر لفكرة الغرامة التهديدية , و لعل أبرز الفقهاء الذين تبنوا هذه الفكرة هو الفقيه "إسمان" , ففي مقال نشره في المجلة الفصلية للقانون المدني بعنوان " أصل و منطق القضاء في موضوع الغرامة التهديدية " , فسر هذا الفقيه فكرة الغرامة التهديدية , و قد رفض أن تقام على أساس المسؤولية المدنية , و بالتالي و حسب تصوره فإن الغرامة التهديدية هي حماية لسلطة القاضي ستمد شرعيتها من نص المادة 1036 من قانون المرافعات الفرنسي , و تقضي هذه المادة :" يجوز للمحاكم في القضايا التي تعرض عليها , و تماشيا مع ما توحيه الظروف من الخطورة , أن تصدر أوامر , ولو من تلقاء نفسها ...." (3).

---

(1) - voir Planiol et Ripert , op-cit , p 787 .

(2)- voir Cass.Civ.28 Décembre 1824, S.25, I, 165 , Req, 6 fev1900, S, 1904, 1,397.

(3) - voir Esmein(A) , L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte, Rev.T.Droit civil 1903 , p 3.

- et voir « les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront dans les causes dont ils seront saisis, prononcer même d'office des injonctions ».

إذن فحسب رأي "إسمان" , فحينما يصدر القاضي حكمه , فهو يوجه أمرا للمدين بالتنفيذ العيني فإن امتنع فإنه يحكم عليه بمبلغ نقدي , و هذا الحكم لا علاقة له بالضرر الذي ينشأ يلحق بالدائن, ومنه فإن الغرامة التهديدية تهدف إلى الضغط على المدين و دفعه إلى تنفيذ الحكم القضائي , بالإضافة إلى هذا فإن الغرامة التهديدية تتصف بالطابع المؤقت و بالتالي يحق للقاضي أن يتصرف فيها تعديلا بخفضها أو رفعها أو بإلغائها (1).

و لقد تبنى الفقه رأي الفقيه "إسمان" حينا من الزمن , لكن سرعان ما انتقدت هذه النظرية و بشكل عنيف , و تتلخص أهم هذه الانتقادات في التفرقة التي نادى بها الفقيه "إسمان" بين سلطة القاضي في إصدار الحكم , و سلطته في إصدار أوامر للمدين تحت طائلة غرامات مالية , فالقانون الحديث لا يقر بهذه التفرقة , فإن كان من الصحيح أن للقاضي سلطة إصدار الأحكام , و قول كلمة القانون , و بالتالي لا مجال للتفرقة بينهما (2).

و في حقيقة الأمر أن الجدال الفقهي الذي كان قائما حول شرعية الغرامة التهديدية , و إن كان مبررا في حينه فلم يعد له أي مبرر في وقتنا الحاضر , حيث فرضت هذه الوسيلة وجودها في الحياة القانونية و قد وضع المشرع الفرنسي نهاية للجدل الذي كان قائما ,حيث نظم الغرامة التهديدية بالقانون رقم 72-626 الصادر بتاريخ 5 جويلية 1972 , و بهذا النص القانوني يكون المشرع الفرنسي قد اعترف بشرعية الغرامة التهديدية و حدد طبيعتها (3).

و أما بالنسبة للتشريع المصري فقد تضمن القانون المدني المصري سند قانونيا للغرامة التهديدية في نص المادتين 213 و 214 من القانون المدني المصري , و أما بالنسبة للتشريع الجزائري فعلى غرار التشريع الفرنسي و التشريع المصري , فقد تضمن نصوص تقر بمشروعية الغرامة التهديدية , فقد تضمن

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 431.

(2) – و نشير في هذا الشأن أنه لا يجب أن نخلط بين سلطة القاضي في قول القانون من خلال إصدار الأحكام ، فهذه السلطة هي سلطة واحدة , و للقاضي سلطة ولائية في إصدار الأوامر ، و تعتبر هذه الأوامر قرارات تصدر لما للقاضي من سلطة ولائية بناءا على طلب أحد الأطراف و دون استدعاء الخصم الأخر و دون مواجهته , و مثال ذلك أمر تقدير الرسوم القضائية أو أتعاب الخبير و غيرها من الأوامر الولائية ، و منه فإن الغرامة التهديدية لا تدخل ضمن هذه الأصناف ، و في الحقيقة فإن الأمر بالغرامة التهديدية هو حكم قضائي بالمعنى الصحيح , فهو يصدر بناء على دعوى يرفعها الخصم ، و بحضور الخصم الآخر و تمكينه من تقديم دفوعه ، و هذا الأمر يعد حكما بالمعنى الدقيق للأحكام القضائية .

(3) – راجع د / منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص 59 .

– لقد أصدر المشرع الفرنسي عدة نصوص قانونية قبل إصدار القانون رقم 72-626 , فقد صدر تشريع بتاريخ 13 ماي 1941 و الخاص بجواز الحكم على البنوك بغرامة تهديدية قد تصل إلى 3000 فرنك فرنسي عن كل يوم تأخير ، في حالة امتناع البنوك عن تزويد لجنة الرقابة على البنوك بالمعلومات المطلوبة ، كما أصدر المشرع الفرنسي تشريعا آخر بتاريخ 30 أكتوبر 1946 و الخاص بحوادث العمل ، و تشريع آخر صدر بتاريخ 21 جويلية 1949 في موضوع إخلاء المساكن .

القانون الصادر بتاريخ سنة 1966 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري النص على أحكام الغرامة التهديدية في نص المواد 340 و المادة 471 و بعد صدور القانون المدني سنة 1975 تضمن هــذا الأخير النص على أحكــام الغرامة التهديديــة بموجب المــادة 174 و المادة 175 من نفس القانون , و ما تجدر الإشارة إليه أن قانون الإجراءات المدنية , و القانون المدني لم يكونا منسجمان فقد كان هناك تعارض بين القانونين , كما أن العديد من الأحكام لم تكن واضحة , و بصدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد , تم إدخال العديد من التعديلات الجديدة في أحكام الغرامة التهديدية و بالأخص الحكم بها على أشخاص القانون العام , ونشير كذلك أن المشرع الجزائري قد نص على أحكام الغرامة التهديدية في نصوص قانونية آخرى نذكر أهمها القانون رقم 04/90 المتعلق بتسوية المنازعات الفردية للعمل [(1)].

و تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة قانونية هامة , لها تأثير فعال على مسار التنفيذ العيني للالتزام وعلى هذا الأساس سنتناول تحديد مفهومها و شروطها في **المطلب الأول** , و أما في **المطلب الثاني** سنتطرق إلى أنواع الغرامة التهديدية , أما **المطلب الثالث** فسنخصصه إلى الجهة القضائية المختصة بتوقيعها وإجراءات تصفيتها , و كما جرت عليه العادة في دراستنا هذه , سنحاول التطرق إلى هذه العناصر بالرجوع إلى القوانين الثلاث محل الدراسة في هذا المجال .

## المطلب الأول

## مفهوم الغرامة التهديدية و شروطها

يقال أن الدعوى القضائية تربح مرتان , مرة أثناء الخصومة و مرة أمام التنفيذ , ففي الحياة المدنية المعاصرة يلجأ صاحب الحق إلى القضاء يطلب حماية حقه عن طريق الدعوى القضائية , و يتحقق له ذلك بأن يستجيب القاضي لطلبه , لكن هذه الاستجابة يجب أن تتجسد في أرض الواقع , و إلا تحول الحكم إلى مجرد ورقة عادية تتضمن خطوط و حبر , فنجاح القضاء يقاس بمدى تنفيذ أحكامه .

(1) – تنص المادة 471 من الأمر رقم 166/54 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 ، الموافق لـ08 جويلية سنة 1966 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية :" يجوز للجهات القضائية بناءا على طلب الخصوم أن تصدر أحكاما بتهديدات مالية وعليها بعد ذلك مراجعتها و تصفية قيمتها .......".

– وعلى سبيل المثال فقد تضمنت المادة 174 من القانون المدني على أن القاضي في تقديره في تصفية الغرامة التهديدية ، أن يراعي في ذلك عنصر الضرر و العنت الذي بدا من المدين ، بينما نجد أن نص المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية تقضي بأنه لا يجوز عند تصفية الغرامة التهديدية أن يحكم بمبلغ يساوي الضرر الفعلي ، و عليه نرى أن هناك تعارضا بين أحكام المادتين .

– راجع القانون رقم 90–04 المؤرخ في 1990.02.06 المتعلق بتسوية المنازعات الفردية للعمل لاسيما المواد 39/35/34.

و قد إجتهد القضاء الفرنسي مند القرن التاسع عشر , في إيجاد وسيلة تعطي لأحكامه الفعالية اللازمة , بالرغم من عدم وجود نص يخوله ذلك , حيث اهتدى إلى وسيلة التهديد المالي , و قد استند القضاء في تبرير هذا الأمر , أن القضاء لا يكتفي بقول حكم القانون , بل له كذلك من السلطة أن يعطي لأحكامه الفعالية المطلوبة , و أمام نجاعة هذه الوسيلة في إعطاء الحكم القضائي أكثر فعالية تبنى المشرع الفرنسي هذه الوسيلة بموجب القانون الصادر بتاريخ 05 جويلية 1972 (1).

إذن تهدف الغرامة التهديدية , لا إلى تعويض المدين عن الضرر الذي لحقه جراء عدم التنفيذ بل هي وجدت أساسا لإخضاع المدين و إرغامه على التغلب على ممانعته و عنته , و من ثم حمله على التنفيذ العيني , و في حالة ما إذا لم يرضخ المدين للغرامة التهديدية المفروضة عليه , يمكن للقاضي أن يرفع من قيمتها .

و نشير أنه جرت العادة على استعمال مصطلح الغرامة التهديدية , وقد أحدث هذا المصطلح جدلا فقهيا , على اعتبار أن الغرامة هي عقوبة , و حيث يرى البعض أن الغرامة التهديدية هي حقيقة عقوبة مالية , تفرض عند الاقتضاء للضغط على المدين لتسديد مبلغ الدين الذي في ذمته , بينما ذهب فريق آخر إلى انتقاد استعمال هذا المصطلح , فالغرامة لها معنى محدد في قانون العقوبات , و الحال أن نظام الغرامة المالية أو التهديد المالي نظام مدني بحث , و قد يثير هذا التشابه في اللفظ لبسا كانت لغة القانون في منأى عنه (2).

## الفرع الأول

## تعريف الغرامة التهديدية و مميزاتها

إن أي دراسة قانونية أو حتى غير قانونية تنطلق ابتداء من تحديد المفاهيم , و لاشك في أن هذه خطوة أساسية و مهمة للتعمق في دراسة و فهم الموضوع محل الدراسة , و في مجال دراسة الغرامة التهديدية , لم يتضمن القانون المدني في التشريعات الثلاث تعريفا للغرامة التهديدية , و بالتالي يجب علينا الرجوع إلى الفقه لتحديد مفهوم الغرامة التهديدية , و لعل الفقه قد أسهب في دراستها و نجد العديد من التعريفات و إن اختلفت في الصياغة فإنها تتحد في المضمون , و عليه سنحاول ذكر بعض هذه التعاريف لاستخلاص أكثرها دقة .

---

(1) – راجع د / نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 42–43.

(2) – راجع إنتقاد د /إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، ص 22 .

– و راجع د / منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص 59 .

1 – **تعريف الغرامة التهديدية** : تعرف الغرامة التهديدية عموما بأنها :" عقوبة مالية تبعية تحدد بصفة عامة عن كل يوم تأخير , يصدرها القاضي بقصد ضمان حسن تنفيذ حكمه , أو حتى يقصد ضمان تنفيذ أي إجراء من إجراءات التحقيق ' [1].

أما في تعريف آخر :" تعتبر الغرامة التهديدية ذلك الأمر الذي يصدره القاضي بإلزام المدين بأداء مبلغ من المال , عن كل وحدة زمنية قد تكون يوما , أو أسبوعا , أو حتى شهرا لامتناعه عن تنفيذ التزامه عينا " [2].

**و يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري في الغرامة ما يلي** :" إن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينا في خلال مدة معينة , فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزما بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخر أي مبلغا معينا عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر , أو أية وحدة أخرى من الزمن أو عن كل مرة يأتي عملا يخل بالتزامه , و ذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني , أو إلى أن يمتنع نهائيا عن الإخلال بالالتزام ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية , و يجوز للقاضي أن يخفض هذه الغرامات أو أن يلغيها "[3].

**أما الأستاذ " سليمان مرقس" فيعرف الغرامة التهديدية** بما يلي :" الإكراه المالي وسيلة غير مباشرة للوصول إلى التنفيذ في الأحوال التي يكون فيها تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا يقتضي تدخلا شخصيا من المدين " [4].

2 – **مميزات الغرامة التهديدية** : من خلال التعاريف التي سبق ذكرها , يمكن استخلاص مجموعة من المميزات التي تتميز بها الغرامة التهديدية , و يمكن تلخيص هذه المميزات في أنها ذات طابع تهديدي و تحكمي , بحيث يكون المرجو منها تهديد المدين بإيقاع جزاءات مالية في حالة إصراره على عدم التنفيذ , و الميزة الثانية أنها ذات طابع مؤقت , و بالتالي يمكن رفعها أو تخفيضها أو حتى إلغائها [5].

---

(1) - voir Mazeaud ( H.L.J) , leçons de droit civil , op-cit , p 825 « L'astreinte est une condamnation pécuniaire prononcée par le juge , ayant pour but de vaincre la résistance d'un débiteur récalcitrant , et de l'amener a exécuter une décision de justice , le juge assortit sa décision d'une astreinte de tant par jour par moi de retard ».

(2) – راجع د / محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام ، المؤسسة الوطنية للنشر و الكتاب، الجزائر ، طبعة 1983 ، ص 67.

(3) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 765.

(4) – راجع د / سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، ص 591 و ما يليها .

(5) – راجع د / منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص 63 .

– و راجع أيضا د / محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات – دراسة مقارنة في القوانين العربية ، دار الكتاب الحديث طبعة 2004 ، ص 45.

**أ – الطابع التهديدي و التحكيمي " Aspect comminatoire "** : في إطار السلطة التقديرية للقاضي فإن لهذا الأخير أن يمارسها في تقدير مبلغ الغرامة التهديدية , و بالتالي له أن يحدد مقدارها بالقدر الذي تتحقق معه الغاية من فرضها ,وفي هذا لا يشترط أن يكون مبلغ الغرامة التهديدية مقاربا للضرر الذي يصيب الدائن من جراء عنت المدين في عدم التنفيذ , و منه فلا ينظر إلى الضرر , بل إلى موارد المدين المالية و قدرته على التماطل في التنفيذ , و بالتالي من شأن المبلغ الذي يقدره القاضي أن يجبر المدين على الرضوخ و الإذعان لحكمه .

و فيما يخص الطابع التحكيمي فإن طلب الدائن ليس ملزما للقاضي , فله أن يستجيب للطلب أو أن يرفضه ، و له – كما سبق ذكره – أن يحدد مقدار الغرامة دون مراعاة لمقدار الضرر , و له أن يرفع من قيمتها إذا ما تبين له أن المبلغ الذي سبق و أن حكم به لم يبلغ الغاية المرجوة , و بالتالي يقدر مبلغا مرتفعا لإرغام المدين .

**ب – الطابع المؤقت للغرامة التهديدية Aspect provisoire** : يصدر القاضي الغرامة التهديدية لحث المدين على التنفيذ , و بالتالي يعد الحكم فيها حكما وقتيا , مصيره إلى التصفية وفقا للموقف النهائي للمدين , إما أن يقوم المدين بالتنفيذ أو يرفض نهائيا ذلك , و بالتالي يصار إلى تصفيتها ويبقى الحكم بالغرامة التهديدية حكما مؤقتا لا يكون واجب التنفيذ , إلا إذا تحول إلى تعويض نهائي أي إلى حكم نهائي [(1)].

**ج – الغرامة التهديدية تقدر عن كل وحدة زمنية** : تقتضي الحكمة من الغرامة التهديدية أن تقدر عن كل وحدة زمنية , كلما تأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه , و بالتالي فمن غير المنطقي أن يتم تقديرها جملة واحـدة , بحيث قد يكـون بمقدور المدين المتعنت أن يدفع هـذا المبلغ و يتخلص مـن التنفيذ العيني , و لا شك في أن الغرامة التهديدية كما أشرنا ليست بتعويض الدائن عن الضرر من جراء تعنت المدين و عدم تنفيذه , و بالتالي فإن مقدارها يتحدد بناءا على موقف المدين فمقدارها يرتفع عن كل يوم يمضي , لا يقوم المدين بتنفيذ التزامه .

**د – الغرامة التهديدية لا تعتبر دينا محققا في ذمة المدين** : يترتب على هذه الخاصية أنه لا يجوز التنفيذ بالحكم الصادر بها على أموال المدين, بل يجب الانتظار لحين التصفية النهائية لأنها ليست دينا محددا حتى يعاد النظر فيه , فينفذ بالمبلغ الذي يحكم به القاضي كتعويض عن التأخير , أو عدم التنفيذ

---

(1) – راجع د / نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 47.

– و قد احتفظت الغرامة التهديدية في فرنسا بهذه الخصائص في قانون 05 جويلية 1972 .

حسب الأحوال , و هذا ما ينفي عن الغرامة التهديدية وصف العقوبة , على اعتبار أن العقوبة واجبة التنفيذ [1].

## الفرع الثاني

## شروط الغرامة التهديدية

إن طلب إيقاع الغرامة التهديدية ليس طلبا مطلقا , أي بمعنى أنه لا يمكن للدائن أن يطلبه كلما رفض المدين التنفيذ و تعنت في ذلك , و كما رأينا أن التزام المدين قد يكون التزاما بمنح , أو التزاما بعمل أو الامتناع عن عمل , و بالتالي تتحدد قابلية طلب الغرامة التهديدية بالنظر إلى طبيعة و نوع الالتزام , بحيث أنها تجد مجالا أوسعا بالنسبة للالتزام بعمل , شريطة أن يكون تدخل المدين شخصيا وضروريا في التنفيذ , و حتى بالنسبة للالتزام بامتناع عن عمل , إذا أريد منع المخالفة مستقبلا , ففي هذه الأحوال يلجأ القاضي بناءا على طلب الدائن , إلى توقيع الغرامة التهديدية للتغلب على تعنت المدين و إصراره على عدم التنفيذ , بينما في الالتزام بمنح ليست هناك ضرورة لتوقيع الغرامة التهديدية , بحيث أن المشرع رصد وسائل أخرى لتحقيق التنفيذ العيني , أو ما يقوم مقام التنفيذ العيني [2].

---

(1) – يتجه كل من التشريع المصري في نص المادة 213 من القانون المدني المصري ، و التشريع الجزائري في نص المادة 174 من القانون المدني الجزائري ، و حتى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد في نص المادة 980 و ما يليها إلى استعمال مصطلح الغرامة التهديدية ، و هو تعبير يثير نوعا من اللبس ، و لعل هذا راجع إلى ترجمة مصطلح –L'astreinte– المنقول من القانون الفرنسي ، و كان من الأجدر في رأينا أن يستعمل مصطلح الإكراه المالي لأنه أكثر دقة من مصطلح الغرامة التهديدية ، كما يجنبنا اللبس بين النظامين ، و قد درج القضاء في الجزائر على استعمال مصطلح الغرامة التهديدية ، و نذكر على سبيل المثال القرار الصادر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2003.04.08 جاء فيه :' أن الغرامة التهديدية التزام ينطق به القاضي كعقوبة وبالتالي فأنه ينبغي أن يطبق عليه مبدأ قانونية الجرائم و العقوبات ، و بالتالي يجب سنها بقانون ".راجع قرار مجلس الدولة 014989 الصادر بتاريخ 2003.04.08 ، المنشور في مجلة مجلس الدولة ، العدد رقم 03 ، ص 177 .

– و نحن لا نؤيد موقف مجلس الدولة الجزائري سواء من حيث استعماله لمصطلح الغرامة التهديدية ، و كذلك لتوجهه باعتبار الغرامة التهديدية عقوبة ، فيكفي أن نقول أن فرض الغرامة التهديدية متروك للسلطة التقديرية للقاضي ، يفرضها بناء على ظروف الحال كما يمكن أن يرفع من قيمتها أو تخفض ، أو حتى تلغى ، بينما العقوبة لا تتضمن مثل هذه الخصائص .

– راجع ما تم التطرق إليه في هذه الدراسة بخصوص تمييز الغرامة التهديدية عن العقوبة ، ص 138 .

(2) – و من أمثلة ذلك التزام بائع المحل التجاري عن منافسة المشتري ، أو التزام مهندس بأن لا يعمل في مصنع منافس ، ففي هذه الحالة يمكن توقيع الغرامة المالية في حالة وقوع المخالفة ، و لمنع تكرارها في المستقبل ، و بالتالي يتحصل الدائن على التنفيذ العيني للالتزام .

و عليه يمكننا تلخيص شروط الحكم بالغرامة التهديدية في شرطان رئيسيان و هما , أن يوجد التزام عيني مازال ممكنا تنفيذه , و ثانيا أن يكون تدخل المدين شرطا رئيسيا في تنفيذ الإلتزام , أي أن هذا الأخير قائم على الاعتبار الشخصي (1).

**1 – <u>أن يكون تنفيذ الالتزام عينا ما زال ممكنا</u> :** لا يتصور فرض الغرامة التهديدية في حالة ما إذا كان تنفيذ الالتزام مستحيلا , بسبب لا دخل لإرادة المدين فيها كالقوة القاهرة أو السبب الأجنبي , ففي هذه الحالة لا يمكن للدائن أن يطلب من القاضي الحكم له بالتنفيذ العيني تحت غرامة تهديدية , فالالتزام لم يعد قائما في هذه الحالة و بالنتيجة لا يوجد التزام ملقى على عاتق المدين , أو أن يكون تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين , فمن منطلق العدالة العقدية أن لا يستجيب القاضي لهذا الطلب بل أن الدائن في هذه الحالة يكون متعسفا في طلبه هذا , و بالتالي تظهر العلة من هذا الشرط , إذ يجب أن يكون هناك التزام و أن هذا الالتزام لا يزال في الإمكان تنفيذه عينا .

**2 – <u>أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن و غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه</u> :** يرتبط توقيع الغرامة التهديدية بشرط أساسي أخر , و هذا الشرط أن يكون التنفيذ العيني قائم على الاعتبار الشخصي , أي أنه لا يستطيع أي شخص آخر أن يقوم به خلاف المدين , كالتزام المدين بتقديم مستندات أو كتعهد فنان مشهور بإقامة حفل أو غير ذلك ، و بالتالي فإنه في مثل هذه الحالات لا يمكن اللجوء إلى وسائل التنفيذ الأخرى , كأن يتم التنفيذ على نفقة المدين , أو أن يقوم الحكم مقام التنفيذ , ففي هذه الحالة لا يمكن تقبل أن شخص آخر يقوم بالغناء أو التمثيل في مسرحية , عوضا عن الفنان الذي تعهد للقيام بذلك و منه فإن هذه الوسائل غير مجدية في هذه الحالة , و يبقى الحل الوحيد في تقرير الغرامة التهديدية .

و نشير كذلك أنه بالرغم من توافر هذا الشرط , فإنه لا يمكن في بعض الحالات الحكم بالغرامة التهديدية , على اعتبار أن الالتجاء إلى الغرامة التهديدية يصطدم مع الحق الأدبي , و في مثل هذه الحالات لا يمكن إرغام المدين على تنفيذ التزامه , و لو على وقع الغرامة التهديدية , فلا يجبر على سبيل المثال رسام إذا امتنع عن إتمام لوحته , أو امتناع كاتب على إتمام روايته , أو امتناع فنان على إتمام نحت تمثال لعميل , ثم امتنع عن إتمام المصنف , ففي هذه الحالات لا يمكن توقيع الغرامة على هؤلاء لإرغامهم على التنفيذ العيني , و بالتالي لا يبقى للدائن في هذه الحالة إلا طلب التعويض (2).

---

(1) – راجع د / منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص 62 .
– و راجع د / نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 44.

(2) – راجع د / نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 45 .
– و راجع د / محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 43 .

و على أنه لا يجب أن يكون امتناع المدين في هذه الحالات راجعا إلى إغراء من طرف ناشر أخر أو عميل أخر قدم عرضا مغريا للفنان أو الكاتب , ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يلتجأ إلى القضاء لطلب التنفيذ العيني تحت غرامة تهديدية , لأنه من غير المقبول أن يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه مع الدائن , و لا يمكن إرغامه على ذلك بالوسائل القانونية المتاحة , بينما في نفس الوقت يقوم بتنفيذ نفس هذا الإلتزام مع شخص آخر .

و في الأخير فإن مسألة الحكم بالغرامة التهديدية لا يحكم بها القاضي من تلقاء نفسه , إذ يجب أن يطلبها الدائن على اعتبار أن القاضي لا يحكم إلا بما يطلب منه , و هذا هو مسلك القانون الجزائري والقانون المصري , و أما في القانون الفرنسي فإن الأمر يختلف , إذ يمكن للقاضي الفرنسي أن يحكم بالغرامة التهديدية من تلقاء نفسه حتى و لو لم يطلب منه توقيع ذلك , و هذا ما تضمنته المادة الخامسة من القانون الصادر سنة 1972 المنظم للغرامة التهديدية , و عليه نرى أن هذا الاتجاه أقدر على تحقيق التنفيذ العيني , ذلك أن القاضي أقدر على تحديد الوسائل القانونية التي تكفل تحقيق التنفيذ العيني للالتزام.

## الفرع الثالث
## الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية

إن الغرامة التهديدية كوسيلة قانونية تم تبنيها حديثا من طرف أغلب التشريعات العالمية , ما فتئت تثير تساؤلات بدءا بمدى مشروعيتها , وصولا إلى طبيعتها القانونية , و لاشك في أن هذه المسألة ذات أهمية في مجال دراستنا هذه ، **و بالتالي فإن الغرامة التهديدية تهدف إلى تحقيق شيئين , أولهما** أنها وسيلة لتحقيق تنفيذ الأحكام القضائية , فمقياس فعالية و نجاعة أي نظام قضائي , و يستوقفني في هذا الشأن حرص رئيس الوزراء البريطاني الأسبق " ويستن تشرشل " على مدى إرساء نظام قضائي فعال ومما أعجبني قولته الشهيرة , :" **إنه أهون أن يكتب التاريخ أن إنجلترا قد هزمت في الحرب من أن يكتب فيه أنها امتنعت عن تنفيذ حكم قضائي** " و قد أصدر مقولته الشهيرة بعد أن عرض عليه أن أحد القضاة أصدر حكما بمنع الطائرات من استخدام المطار المجاور للمحكمة أثناء انعقاد جلساتها **و أما الهدف الثاني** فهي وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني إلى جانب هذا هناك نظريات آخرى حاولت أن تعطي طبيعة قانونية خاصة لنظام الغرامة التهديدية ، و منه سنحاول التطرق إلى مضمون هذه النظريات و ما وجه إليها من انتقادات (1).

---

(1) – راجع د / منصور محمد أحمد ، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادر ضد الإدارة ، دار الجامعة الجديدة للنشر القاهرة ، طبعة 2002 ، ص 01 .

**1 – <u>الغرامة التهديدية نظام تعويض</u> :** ذهب اتجاه في فرنسا إلى القول بأن أصل الغرامة التهديدية هو نظام التعويض , و قد تبنى القضاء الفرنسي هذا الاتجاه , إذ قضت المحاكم الفرنسية على المدين في مدة تعينها له , فإذا أمتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه , كان ملزما بدفع مبلغ نقدي عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها عن التنفيذ أو يمتنع عن القيام بذلك , و عليه فقد كان الهدف من الغرامة التهديدية , هو إصلاح الضرر الذي أصاب الدائن من جراء تأخر المدين في التنفيذ أو امتناعه عن التنفيذ , و لم يكن الحكم الخاص بها خالصا في إكراه المدين على التنفيذ [1].

و قد تدعم هذا الرأي بعد أن تبنى القضاء الفرنسي فكرة الغرامة التهديدية القطعية , و اعتبارها بمثابة تعويض , و قد انعكس هذا التوجه على فكرة الغرامة الوقتية , و هذا ما حدى ببعض الفقه إلى القول بأن : ' الغرامة التهديدية , عبارة عن قناع يخفي التعويضات , و أن تصفية الغرامة التهديدية ليست شيئا آخر غير تصفية التعويضات " [2].

و لقد ساد هذا التوجه لسنوات عديدة , و قد تدعم هذا الرأي بعدة قرارات صادرة عن محكمة النقض الفرنسية , استندت إلى عنصر الضرر لتصفية الغرامة التهديدية , إلا أن هذا الأمر لم يلبث وأن تغير فليس صحيحا اعتبار أن نظام الغرامة التهديدية تعتبر تعويضا , فيكفينا فقط معرفة اختلاف الغاية بين نظام التعويض و الغرامة التهديدية , فإذا كان التعويض يهدف إلى جبر الضرر , فإن الغرامة التهديدية وجدت أساسا لمواجهة قصور المدين و حمله على التنفيذ باستعمال وسائل الإكراه المالي , و قد تنبه المشرع الفرنسي لهذا الأمر و حرص على تأكيد الاستقلال بين الغرامة التهديدية والتعويض , و ذلك بموجب القانون الذي نظم به أحكام الغرامة التهديدية الصادر سنة 1972 لاسيما المادة 34 منه .

**2 – <u>الغرامة التهديدية عقوبة خاصة</u> :** يتجه فريق إلى اعتبار الغرامة التهديدية عقوبة خاصة ومؤدى هذه النظرية أنه إذا ارتكب شخص خطأ في حق شخص آخر , سيؤول لهذا الأخير مبلغ الغرامة التهديدية و يستند القاضي في حكمه هذا على أن هناك التزام أصلي , أو حكم إلزام أصلي لضمان تنفيذ الالتزام أو الحكم الذي تضمنه , فيقتصر الحكم في بداية الأمر على مجرد التهديد بتوقيع الجزاء , فإذا نفذ

---

(1) – تقدر الوحدة الزمنية بالساعة، أو باليوم , أو بالأسبوع ،أو بأي وحدة زمنية أخرى تتحدد بناءا على طبيعة تنفيذ الالتزام.
– راجع د / بخيت محمد بخيت علي ، الغرامة التهديدية أمام القضاء المدني ، الجوانب الموضوعية و الإجرائية ، دراسة تحليلية مقارنة في فكرة الحكم التهديدي ، دار الجامعة الجديدة ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة 2008 ، ص 54 .

(2)- voir M . Fréjaville , la valeur .pre, n, 4 / cass.com 17 fév. 1956/bull.civ.

المحكوم عليه – المدين – الحكم الأصلي انتهى الأمر عند هذا الحد , و من ثم يكون التهديد بالجزاء قد أنتج آثره , أما إذا لم ينفذ المحكوم عليه الحكم الأصلي فيتحول مجرد التهديد بالجزاء إلى عقوبة خاصة لعدم التنفيذ (1).

و لقد تأثر المشرع الفرنسي عند تقنين الغرامة التهديدية سنة 1972 بهذا الاتجاه , فقد أجاز بموجب المادة الخامسة منه بأن يحكم القاضي بالغرامة التهديدية من تلقاء نفسه , أي دون طلب من ذوي الشأن و قد ظل المشرع الفرنسي معتنقا لهذا الاتجاه , حتى مع صدور قانون التنفيذ الجديد الذي أقر بفكرة العقوبة الخاصة للغرامة التهديدية , سواء كانت وقتية أو قطعية , فكلاهما يعتبر وسيلة إجبار غير مباشرة من ناحية , و عقوبة خاصة من ناحية آخرى (2).

و قد تكون هذه النظرية صائبة إلى حد ما في إرجاع الغرامة التهديدية إلى سلطة الأمر التي يملكها القضاء , إلا أنه يعاب عليها عدم دقة تحديدها لصفة العقوبة و جعلها مطلقة , فإن كانت الغرامة التهديدية وسيلة إجبار غير مباشرة , فهي في ذات الوقت تمثل جزاء لا يخرج عن أنه تهديد لحث المدين على التنفيذ , و بالتالي لا يمكن قبول التعبير عنه بلفظ العقوبة الخاصة , على أساس أنه تعبير غير مألوف في نطاق الالتزامات المدنية .

بالإضافة إلى هذا تختلف الغرامة التهديدية عن العقوبة , فهذه الأخيرة تنفذ بصفة نهائية كما نطق بها أما الغرامة التهديدية فهي أمر وقتي , و لا تنفذ إلا عندما تتحول إلى تعويض نهائي , و هي في هذا التحول قد تنتقص أو تزيد أو حتى تلغى (3).

**1 – <u>الغرامة التهديدية وسيلة لتحقيق تنفيذ الأحكام القضائية</u> :** تهدف الغرامة التهديدية إلى تحقيق تنفيذ الحكم القضائي , ذلك أن تنفيذ الحكم القضائي يواجه قصور المدين الامتثال لحكم القضاء وبالتالي وجدت هذه الوسيلة لتحقيق هذا الهدف , هذا هو الاتجاه الثالث الذي ظهر عقب صدور القانون الذي نظم الغرامة التهديدية في صورتيها ضمن قواعد التنفيذ الجبري , و قد جعل المشرع الفرنسي من الغرامة التهديدية وسيلة ضغط لإزالة كافة العقبات التي يمكن أن تنشأ بمناسبة التنفيذ الجبري للأحكام و غيرها من السندات التنفيذية الآخرى , باعتباره القاضي الذي يسهر على تنفيذها .

---

(1) – راجع د / بخيت محمد بخيت علي ، المرجع السابق ، ص 57 .

(2) – تبنى جانب من الفقه الفرنسي هذا الاتجاه ، و من هؤلاء الفقيه شاباس " Chabas" ، و الأستاذ موريس " Meurisse " والأستاذ فزيوز " vizioz"

– المرجع نفسه ، ص 57 .

(3) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 763 .

غير أن هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقاد , إذ يجب عدم الخلط بين الغرامة التهديدية,وسائل التنفيذ الجبري , فالغرامة التهديدية ليست وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري,فبينما تهدف وسائل التنفيذ الجبري إلى تحقيق التنفيذ المباشر للالتزام فعلى عكس الغرامة التهديدية فهي وسيلة غير مباشرة للتنفيذ الجبري , إذ تشكل التزاما جديدا ومشروطا , وقد تكون الغرامة التهديدية محلا للتنفيذ الجبري في وقت لاحق (1).

2 – **الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني** : الأصل في التنفيذ العيني أن يكون اختياريا إلا أنه قد يخل المدين بالتزامه و يرفض تنفيذ التزامه و مما لا شك في أن أغلب التشريعات تسعى إلى تغليب فكرة التنفيذ العيني , عن التعويض النقدي , و بالتالي ظهرت الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار المدين على التنفيذ العيني , و بالتالي فالغرامة التهديدية تحمل في طياتها وظيفة نفسية مستمدة من وراء الغرض الذي ترمي إلى تحقيقه من الحكم الصادر بها , الغرامة التهديدية وسيلة إجبار ترد على ذمة المدين المالية للتغلب على عناده , حتى يحمل تنفيذ التزامه بنفسه تنفيذا عينيا .

**و تجدر الإشارة إلى أن بيان طبيعة هذه الوسيلة يتحدد عن طريق فرضيتين و هما :**

**أ** – إن حقيقة النظام القانوني للتهديد المالي بمعناه الفني , تتجسد في أن نظام الغرامة التهديدية يقوم على حكم قضائي , يرتكن إلى نصوص القانون , و ليس لإرادة الخصوم وحدها , فهي ليست شرط اتفاقي إذ لا يجوز للأفراد تضمن عقدهم شرط الغرامة التهديدية , و منه فهي نتاج سلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي من جهة , و من جهة أخرى فهي وسيلة قضائية لتأمين تنفيذ الأحكام , و من ثم تقوم الغرامة التهديدية على أنها أداة بيد القضاء بما له من سلطة الأمر يستخدمها تبعا لظروف المدين المحكوم عليه في الإلتزام الأصلي , و بالنظر إلى ما بدا منه من تعنت إزاء التنفيذ و مركزه القانوني دون أن ينظر إليها كمبلغ من المال مثل باقي الأموال .

**ب** – إن القيمة العملية للغرامة التهديدية يرتكز على النظرة الغائية للغرامة التهديدية , إذ يتم اللجوء إليها في ضوء الظروف التي تعوز إليها لا بمعزل عنها , و من هنا كان الاهتمام بها منصبا على قوة وفعالية الغرامة التهديدية من الناحية العملية , و هذا ما يبرر الربط بين الغرامة التهديدية كنظام قانوني و الغاية المرجوة منها , و هذه الغاية – حث المدين على التنفيذ – تستمر من لحظة الحكم بها إلى غاية لحظة تصفيتها , فالغرامـة التهديدية تهدف إلـى الضغط علـى إرادة المدين لتنفيذ ما التزم به في الحكم الأصلي

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 453 .

- et voir H. L/ J Mazeaud , op-cit , p869.

و تتجسد كذلك في مرحلة التصفية كأداة ضغط على إرادة المدين خشية الحكم عليه بمبلغ كبير عند الصفية , و من ثم فإن غاية الغرامة التهديدية في كافة مراحلها تؤكد على أنها وسيلة إكراه غير مباشرة تمارس لتحقيق هدف كسر عناد المدين , و الوصل إلى تحقيق التنفيذ العيني للالتزام [1].

## المطلب الثاني

## أنواع الغرامة التهديدية و العلاقات القانونية التي تخضع لها

تتجسد فكرة الغرامة التهديدية , في الحكم الصادر على المدين بمبلغ معين عن كل وحد زمنية يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه إلى ما بعد الوقت الذي حدده له القاضي للتنفيذ , و تتميز الغرامة التهديدية بمرونتها , إذ أنها تتوقف إذا ما تم تنفيذ الالتزام , أو ترفع من قيمتها في حالة تعنت المدين وإصراره على عدم التنفيذ , إذن فالحكم بالغرامة التهديدية حكم مؤقت , مصيره الحتمي يعاد النظر فيه ليفصل القاضي حسب ما أفصح به المدين .

إن الفكرة السالفة الذكر ليست الفكرة الوحيدة في مجال الغرامة التهديدية , و بالتالي يقصد بالغرامة التهديدية في معنى أخر إصلاح الضرر الذي يصيب الدائن بسبب تأخر المدين في التنفيذ وبهذا المفهوم فالحكم بالغرامة التهديدية ليس حكما تهديديا , كما أنه ليس مؤقتا , حيث ينشأ حق للدائن بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه في الفترة المحددة لذلك , و بالتالي لا يمكن للقاضي أن يعيد النظر فيه، وبهذا يبدو الفارق بين الحكم الصادر بالغرامة التهديدية المؤقتة , والحكم الصادر بالغرامة التهديدية القطعية فالأول يعد حكما تهديديا لا علاقة له بالضرر , بينما الثاني يضاف بصفة نهائية إلى التعويض المخصص لجبر الضرر [2].

كما أن فعالية نظام الغرامة التهديدية جعل منها وسيلة قانونية تشمل عدة ميادين , و لم يقتصر مجالها على العلاقات القانونية الخاصة , بل توسع ليشمل حتى علاقات القانون العام , و لعل اقتصار الغرامة التهديدية في أول الأمر على علاقات القانون الخاص , يرجع لدواعي تاريخية بحيث ساد الاعتقاد بأن القاضي العادي هو حامي الملكية الخاصة و حصنها الحصين , إلا أن الأمر لم يقتصر على هذا و بالتالي امتد أثر الغرامة التهديدية ليشمل علاقات القانون العام , و أصبح للقاضي الإداري سلطة أخرى و هي سلطته في حمايـــة الحريات الفردية , و إذ مـن شأنه أن ينظر في المنازعات التي تتعلق بالاعتداء

---

(1) – راجع د/ منصور محمد أحمد ، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادر ضد الإدارة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، طبعة 2002 ، ص 01 .

(2) – د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 430 .

على الملكية أو حرية من الحريات , و نطاق أساسه في ذلك نظرية الاعتداء المادي " La théorie de la voie de fait " , و بهذا يستطيع القاضي أن يصدر أوامر إلى الإدارة بوقف اعتدائها , مثل أن يأمرها بالرد , أو بالهدم , أو بالطرد , و يمكنه في سبيل تحقيق ذلك أن يحكم على الإدارة بغرامات مالية (1).

و عليه يبدوا أن القضاء الفرنسي كان سباقا في تكريس فرض الغرامة التهديدية على الإدارة بينما نجد العديد من التشريعات المقارنة لم تصل إلى أن تفرض إكراها ماليا على الإدارة و من بين هذه الدول دولة مصر , و مقاطعة كبيك Québec , بينما هناك تشريعات أخرى رفضت في أول الأمر تقرير فرض الغرامـــة التهديدية على الإدارة , إلا أنهـــا اقتنعت أن دولة القانون تمر حتما على خضوع الإدارة للقانون و سلطة القاضي (2).

إذن فمجال الغرامة التهديدية ما فتئ في التوسع , و يرجع الفضل في هذا إلى مرونة التطبيقات القضائية في مجال القانون الخاص , وهكذا بسطت المحاكم الفرنسية من نطاق تطبيق الغرامة التهديدية لتنفيذ الواجبات القانونية وكذلك الواجبات العائلية , كواجب تسليم الطفل لممارسة حق الحضانة وامتدت كذلك لتشمل العلاقات القانونية الأخرى كعلاقة العمل,إذ أصبحت تفرض على المخل بالتزامه في هذه العلاقة غرامة تهديدية لجبره على تنفيذ الالتزام (3).

---

(1) – الاعتداء المادي يمكن أن يمس الملكية العقارية ، كما يمكن أن يمس الملكية المنقولة ، أو أن يقع على حرية من الحريات الفردية أو العامة كحرية الصحافة على سبيل المثال ، أو حرية العبادة ، أو حرمة المسكن .

– و يجمع الفقه و القضاء في مصر على أنه لا يمكن إجبار الإدارة على فعل شيء ، و بالتالي فإن جزاء إخلال الإدارة عن تنفيذ التزاماتها ، يستتبعه حتما الحكم عليها بتعويض نقدي ، حتى و لو كان بالإمكان من الناحية العملية تنفيذ ذلك الالتزام وبالتالي ليس على القاضي العادي أو القاضي الإداري أن يجبر الإدارة على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل بطريق مباشر أو غير مباشر – أنظر في هذا الشأن د / سليمان الطماوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، طبعة 1972 ، ص 744 و ما يليها ، أما في مقاطعة كبيك Québec – الكندية – فيقول القاضي كاستل :" ليس في استطاعتي إطلاقا أن أمر بالتنفيذ العيني ضد التاج فليس هناك من وسيلة للقيام بتنفيذ مثل هذا الحكم .

(2) – و نخص بالذكر في هذا الشأن التشريع الجزائري , الذي قطع أشواطا كبيرة لتجسيد دولة القانون ، و إخضاع الإدارة لسلطة القضاء ، و بالتالي فلم يكن بمقدور القاضي في ظل قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 ، أن يصدر أمر للإدارة لإرغامها على فعل شيء ما ، أو حتى فرض إكراه مالي عليها ، إلا أنه و بصدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد أحدث اتجاها جديدا ، و هو إمكانية فرض إكراه مالي على الإدارة لجبرها على تنفيذ التزاماتها ، و هذا ما تضمنته المادة 980 .

(3) – لقد درجت المحاكم الفرنسية على استخدام الغرامات التهديدية لضمان احترام القانون ، أو لمنع استمرار الضرر ، كما في حالة المنافسة غير المشروعة ، أو في حالة التعسف في استعمال الحق ، و في نطاق العلاقات العائلية ، أصبحت تفرض غرامة تهديدية على الزوجة لإرغامها بالإقامة مع زوجها ، و قد أصبح الإخلال بهذا الالتزام يشكل جريمة يعاقب عليها ، و ذلك بموجب القانون الصادر في 6 ديسمبر 1901 .

– راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 811 .

واستنادا إلى هذا سنحاول عرض صور الغرامة التهديدية في **الفرع الأول** , ثم ننتقل إلى عرض نطاقها في مجال القانون الخاص **الفرع الثاني** , ونطاق الغرامة التهديدية في مجال القانون العام في **الفرع الثالث.**

## الفرع الأول
## أنواع الغرامة التهديدية

الغرامة التهديدية القطعية : ظهرت فكرة الغرامة التهديدية النهائية أول مرة سنة 1948 , حينما ألمح أحد الفقهاء الفرنسيين أن السمة التهديدية أي المؤقتة , ليس من شأنها أن تساهم في الطبيعة القانونية للنظام , بقدر ما هي وصف عارض فيه [1].

ولعل أن نقطة الانطلاقة الفعلية لفكرة الغرامة التهديدية النهائية , بالحكم الصادر عن الدائرة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية , بتاريخ 4 نوفمبر 1959 حيث قررت فيه أن لقضاة الموضوع السلطة التقديرية في إعلان غرامة تهديدية , تحتسب على أساس يوم تأخير,و تكتسب بصفة قطعية بإضافتها إلى التعويض [2].

و لقد أحدث هذا الحكم انقساما في الفقه الفرنسي , فاتجه فريق إلى تأييد فكرة الغرامة التهديدية القطعية , و فريق معارض لها [3].

و يعتبر الفقيه "مازو Mazeaud " و الفقيه " تونك" Tunc", زعيما الاتجاه الأول , و قد احتجا بالقول:"أن الغرامة التهديدية (المؤقتة) تترك في ذهن المحكوم عليه المماطل الأمل في تصفيتها على أن القاضي يستطيع أن يقدر بأن مقاومة المدين , لا يمكن التغلب عليها إلا بغرامة مالية غير تهديدية غرامة مالية قطعية يفقد المحكوم عليه بمقتضاها كل أمل في التخلص منها ", و يضيف الفقيهان : " ليس من المحتم أن يكون لإجراء الإكراه , قابلا لإعادة النظر فيه" [4].

---

(1) - voir Frejaville , la valeur pratique de l’astreinte , J.C.P 1951, encycl. Dalloz, édition 1959 p 910.

(2) - voir Cass.Civ.1 ere, 4 novembre 1959 Bull.1959, 1, N° 458 p 381.

(3) – يذهب الفريق المؤيد للغرامة التهديدية القطعية ، بأن سمة التأقيت ليست هي السمة التي تشكل جوهر النظام و طبيعته وهذه السمة ليست بأكثر من عنصر تبعي أو عارض ، و أما الفريق الثاني فيرى أن الغرامة التهديدية القطعية ، إجراء قهر لا يمكن الحكم بها بصفة قطعية ، فجوهر الغرامة التهديدية يكمن في سمة التأقيت و إعادة النظر في مقدارها .

(4) - voir Mazeaud (H) et Tunc m Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle , tome 2, 3 , édition T.V 1960, p 2500.

و يبدوا أن رأي الفقيهان ينم عن تصور معين , و هو الحيلولة دون غش المدين , إلا أن تفادي هذا الأمر لا يستدعي في كل الأحوال فرض الغرامة التهديدية القطعية , فقد يكون من شأن الغرامة التهديدية المؤقتة تحقيق ذلك , هذا ما أدى بالعديد من الفقهاء إلى رفض تبرير الفقيهان , و إيجاد تصور أخر لفكرة الغرامة التهديدية القطعية , و في هذا الشأن يقول الفقيه " فريجافيل Fréjeville " أن الغرامة التهديدية القطعية تعد إجراء عديم المعنى , ذلك أن من طبيعة الغرامة التهديدية , أنها ليست بأكثر من تهديد , تخضع دائما لإعادة النظر في مقدارها , إلى حين القيام بتصفيتها النهائية (1).

و قد لاحظ الفقيه " كيسر kayser " أن محور التهديد المالي يرتكز على خاصية التتابع فالغرامة التهديدية تمر بمرحلتين مختلفتين , إحداهما تهديدية مؤقتة , و الأخرى قطعية لا يمكن تعديلها (2).

وهذا ما أكده عميد الفقهاء " سافاتييه Savatier " بقوله : " أن الغرامة التهديدية تعد حكما مشروطا و مؤقتا , يصيب المدين سيئ الإرادة , دون نظر إلى قدر الضرر الذي تسبب فيه بمقاومته " و في الأخير تبنى العديد من الفقهاء الفرنسيين هذا التصور نذكر على سبيل المثال , كل من الفقيه "جوسران" و الأستاذ "هنري لالو" , و العميد " فيزيو" (3).

و يبدو أن موضوع الغرامة التهديدية سواء كانت قطعية أو مؤقتة , لم يجمع الفقه على كلمة واحدة ولعلنا من نافلة القول أن نقول أن كل تصور له من المزايا و العيوب , و لن نقف في هذه الدراسة أمام عرض النظريات و الآراء الفقيهة و نقدها , و إنما اقتصرنا على ذكر تصور معين بصفة موجزة ومختصرة , و الذي يهمنا أكثر هو موقف التشريع من هذه المسألة أو تلك , و هذا ما نجده في تبنى المشرع الفرنسي لفكرة الغرامة التهديدية القطعية بموجب القانون الصادر في 05 جويلية 1972 وأما بالنسبة للتشريع الجزائري فلم يتضمن القانون المدني النص على الغرامة التهديدية القطعية , و بالتالي فإن الغرامة التهديدية المؤقتة هي التي تم النص عليها في القانون المدني الجزائري , و حتى قانون الإجراءات المدنية لم ينص على الغرامة التهديدية ,وبالتالي فإن التساؤل الذي يطرح , يتمحور حول مدى إمكانية أن يصدر القاضي الغرامة التهديدية القطعية ,و في اعتقادنا أن الأمر لن يكون كذلك على اعتبار أنه ليس للقاضي سندا قانونيا يمكن أن يستند عليه في فرض الغرامة التهديدية القطعية وكما أسلفنا الذكر فإن أهم انتقاد وجه الغرامة التهديدية في أول الأمر , هو عدم استنادها على نص قانوني و بالتالي يمكن إسقاط

---

(1) - voir Fréjaville , op-cit , p 421.

(2) –voir kayser (M.P) , l’astreinte judicaire et la responsabilité civile , Revu tr de droit civil , édition 1953, p 209.

(3) - voir Savatier (R) , cours de droit civil , tome 2 , 2$^{eme}$ édition 1949 , p 398 .

– و راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 447.

هذا الأمر على الغرامة التهديدية القطعية في التشريع الجزائري , و حتى على مستوى القضاء و لا مجال للقاضي الجزائري أن يحدد مقدما المبلغ الكلي و الإجمالي للغرامة التهديدية النهائية .

**و أما بالنسبة للتشريع المصري** , فلم يتضمن القانون المدني المصري أحكاما تتعلق بالغرامة التهديدية القطعية و هذا ما يجرنا للقول إلى أن كل من التشريع الجزائري و التشريع المصري لم ينصا على الغرامة التهديدية القطعية , و نشير في هذا الشأن أن هناك جانب من الفقه المصري قد تبنى فكرة الغرامة التهديدية القطعية , و نذكر على سبيل المثال , الأستاذ الفقيه "السنهوري" , و الأستاذ "أنور سلطان" والأستاذ "إسماعيل غانم" , و الأستاذ "محمود جمال الدين زكي" , و غيرهم من الفقهاء والأساتذة المصريين (1).

و في الأخير , و دون الخوض كثيرا في مناقشة رأي الفريق المؤيد للغرامة التهديدية القطعية ونحن بدورنا لا نميل إلى تأييد هذا النوع من الغرامة التهديدية , ذلك أننا نرى أنها لا تختلف في هذه الحالة عن التعويض , إلى درجة أنها تمتزج به كثيرا , رغم أن البعض يرى فيها أنها نظام تعويض , إلا أنه و الحقيقة أن الغرامة التهديدية تختلف من حيث طبيعتها عن التعويض , و لعل محكمة النقض الفرنسية اقتنعت بالفكرة , بعدما كانت ترى بأنها وسيلة لتعويض الدائن , و بالتالي أصبح اتجاه القضاء الفرنسي إلى التمييز بين التعويض و الغرامة التهديدية , و بهذا تتحدد ذاتية الغرامة التهديدية سواء من الناحية المادية , أو الأخلاقية , أو حتى من ناحية الهدف , فمن الناحية المادية يتحدد التعويض بمقدار الضرر بينما لا تخضع الغرامة التهديدية لذات المقياس , و أما من الناحية الأخلاقية , لا يستند التعويض في كل الحالات على عنصر الخطأ , إذ يتحدد هذا بصفة عرضية كعامل مساعد لتحديد من يتحمل الضرر بينما الخطأ عنصر مميز في الحكم بالغرامة التهديدية , و بالنسبة للهدف , فإذا كان الهدف من التعويض هو جبر الضرر , فلا يكون الأمر كذلك بالنسبة للغرامة التهديدية التي تهدف إلى جبر المدين على التنفيذ (2).

و عليه فإن كل التبريرات التي قيلت حول فعالية هذا النوع من الغرامة , لم تصمد بالمقارنة مع المزايا التي تحققها الغرامة التهديدية المؤقتة , و بالتالي يكفينا ذلك الأثر النفسي الذي تحدثه في نفسية المدين حينما يرى المبلغ المحكوم عليه يرتفع يوما بعد يوم .

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 447.

(2)- voir Cass.Civ 1 octobre 1959, D, 1959,537, note holleaux « L’astreinte provisoire, mesure de contrainte distincte des dommages intérêts, et qui n’est en définitive qu’un moyen de vaincre la résistance opposée a l’exécution d’une condamnation n’a pas pour objet de compenser le dommage né du retard et normalement liquidée en fonction de la gravité de la faute du débiteur récalcitrant et de ses facultés ».

## الفرع الثاني

## نطاق الغرامة التهديدية في مجال القانون الخاص

تعتبر العلاقات القانونية الخاصة أخصب الميادين لتوقيع الغرامة التهديدية , و لقد أشرنا سابقا أن الغرامة التهديدية لم تقتصر على العلاقات الفردية الخاصة , بل تعدتها إلى العلاقات الأسرية وكذلك العلاقات الاجتماعية أي علاقات العمل , و نحن في هذا النطاق سنحاول ربط الغرامة التهديدية بأنواع الالتزام على اعتبار أن المجالات التي ذكرنها لا تعدوا أن تكون التزاما بإعطاء شيء , أو التزاما بعمل أو الامتناع عن عمل .

و يعتبر المجال التعاقدي النطاق الحيوي و الطبيعي الذي نشطت فيه المحاكم الفرنسية بفرض الغرامة التهديدية , و هذا ما عبر عنه الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية , الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 1907 , و مما جاء في حيثيات القرار :" الغرامة التهديدية , تستخدم اليوم في نطاق كافة الالتزامات العقدية التي تتعلق بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل " (1).

1 – **<u>في مجال الالتزام بإعطاء شيء</u>** : لقد أشرنا أن للحكم بالغرامة التهديدية يستدعي توافر بعض الشروط , و من أهم هذه الشروط أن لا تكون هناك إمكانية للتنفيذ العيني إلا من طرف المدين , أي أن الالتزام قائم على الاعتبار الشخصي , و بالتالي فإن الغرامة التهديدية تفقد أثرها في حالة ما إذا أمكن التنفيذ بوسائل أخرى , مثل التنفيذ على نفقة المدين , أو أن يقوم الحكم مقام التنفيذ , و على هذا الأساس فإنه من النادر أمن نجد حكما بالغرامة التهديدية في مجال الالتزام بإعطاء شيء , بالإضافة إلى أن من طبيعة هذا الالتزام أن الملكية تنتقل بقوة القانون بمجرد تطابق الإرادتين (2).

**2** – **<u>في مجال الالتزام بعمل</u>** : يعتبر مجال الالتزام بعمل من أخصب المجالات التي يحكم فيها بالغرامة التهديدية , فيحكم بالغرامة التهديدية كلما كان التنفيذ العيني مرتبطا بشخص المدين , و من التطبيقات القضائية في الجزائري بالنسبة للحكم بالغرامة التهديدية في مجال الالتزام بعمل , نجد حكما صدر بتاريخ 1980.02.17 عن مجلس قضاء الجزائر تضمن في منطوقه الحكم على شركة سوناطراك الوطنية

---

(1)- voir Cass .Civ 13 novembre 1907, S.I.388, Paris 24 Mai 1913 : « Les astreintes sont employées aujourd'hui a l'égard de toutes les obligations contractuelles, qu'il s'agisse de donner, de faire ou de ne pas faire ».

(2) – راجع بن شنيتي حميد ، التهديد المالي في القانون الجزائري – دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ص 105 .

– حطاب زينب ، التنفيذ العيني في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير, جامعة الجزائر, سنة 2000–2001 ، ص 90 .

بتزويد المتعاقد معها بالبنزين , و مما يتبين من قضية الحال أن شركة سونا طراك رفضت تنفيذ التزامها و المتمثل في تزويد محطة بنزين بالوقود , و على اعتبار أن طبيعة هذا الالتزام هو التزام بعمل , فإنه لا يمكن جبر المدين بتنفيذ التزامه بالقوة , و بالتالي فإن الحل لهذا هو توقيع الإكراه المالي على الدائن لإرغامه على التنفيذ (1).

و أما بالنسبة للتطبيقات القضائية للغرامة التهديدية على الالتزام بعمل في فرنسا , فنجد العديد من الأحكام القضائية في هذا الخصوص , إلزام المدين القيام بالعمل الذي تعهد به , و كذلك إلزام المقاول علــى تسليم الشقة للمشتري , و هنـاك العديد من الأحكـام و القرارات القضائية الصادرة في هذا المجال و لا يسعنا الأمر ذكرها بالتفصيل (2).

و بالنسبة للتطبيقات القضائية لهذه الفكرة في مصر , فنجد أن القضاء المصري قد أصدر العديد من الأحكام القضائية , تجبر فيها المدين على الوفاء بالتزامه تحت وقع الغرامة التهديدية , فقد استعمل الإكراه المالي لإجبار المدين على تقديم الخدمات للمستهلكين , كإعادة الخطوط الهاتفية , و توصيل التيار الكهربائي و المياه (3).

و كذلك أصدر القضاء المصري أحكاما بالغرامة التهديدية لإجبار شخص على إخلاء عين مؤجرة و كذلك صدرت أحكام بالغرامة التهديدية , تجبر فنان على القيام بالعمل الفني الذي تعهد به (4).

---

(1) – راجع الحكم الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1980.02.17 ، حكم غير منشور ، تم نقله من مرجع بن شنيتي حميد ، المرجع السابق ، ص 108 .

(2) - voir Aix en province , 1947.08.04 , Palais du Gazelle , 1947 .

(3) – راجع بن شنيتي حميد ، المرجع السابق ، ص 1074 ، نقلا عن د ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ص 810 .

(4) – نرى أن في مثل هذه الحالات يمكن تنفيذ الحكم القضائي باستعمال القوة الجبرية ، أي تنفيذ الحكم بالطرد ، و نجد أن التشريع الفرنسي قد نظم أحكام الطرد و إخلاء المساكن ، كما تضمنت العديد من الأحكام و القرارات القضائية الصادرة عن القضاء الجزائري أحكاما بالطرد ، دون أن تستعمل وسيلة الإكراه المالي في مثل هذه الحالات .

– نرى أن هذا الحكم لا يتماشى مع ما ينتهجه الفقه في فرنسا و حتى في مصر في عدم إمكانية إيقاع الغرامة التهديدية على الأعمال الفنية و الأدبية على اعتبار أن الغرامة التهديدية في مثل هذه الحالات تمس بشخصية المدين ، و بالتالي و كما رأينا أن من شروط التنفيذ العيني أن لا يكون هناك مساسا بشخصية الدين .

– راجع في هذا الشأن بن شنيتي حميد ، المرجع السابق ، ص 108 .
– و حطاب زينب ، المرجع السابق ، ص 91 .
– و د / أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 161 .

3 – **<u>في مجال الالتزام بالامتناع عن عمل</u>** : يتميز الالتزام بالامتناع عن عمل بأنه التزام سلبي وبالتالي يمكن الحكم بالغرامة التهديدية لمنع المدين على القيام بعمل , و كما هو الشأن في الالتزام بعمل فإنه لا يمكن اللجوء إلى التهديد المالي إذا كان التنفيذ العيني بالامتناع عن عمل , كأن يقوم المهندس بإفشاء أسرار إلى منافس أخر , و هو ملزم بعدم القيام بذلك , ففي هذه الحالة هناك استحالة للتنفيذ العيني على أنه يمكن توقيع الإكراه المالي إذا كان القصد من تكرار هذه المخالفة مستقبلا , كما لا يجدي نفعا الحكم بالغرامة التهديدية إذا كان بالإمكان أن يحصل الدائن على حكم بإزالة ما وقع مخالفا لما تم الاتفاق عليه , و ذلك على نفقة المدين [1].

و في مجال الامتناع عن عمل نجد أن القضاء سواء في فرنسا و مصر و الجزائر أصدر العديد من الأحكام في مجال الامتناع عن عمل , و قد صدرت أحكاما بالإكراه المالي لإجبار مهندس على عدم العمل في مصنع منافس , أو لإلزام بائع المحل التجاري على عدم منافسة المشتري [2].

و في الأخير فإن اللجوء إلى الغرامة التهديدية في مثل هذه الحالات , كان كثيرا ما يشوبه الغموض إذ صدرت العديد من الأحكام و القرارات القضائية , لتوقيع الغرامة التهديدية في مجال الامتناع عن عمل إلا أن ما يمكن ملاحظته في مثل هذه الحالات , أن الإكراه المالي الوارد في هذه الأحكام و القرارات في حقيقة الأمر هو ليس لتنفيذ التزام تعاقديا , و إنما نتيجة للإخلال بإلتزام بعدم عمل , و بالتالي فإن الحكم في هذه الحالة يتضمن إزالة لما تم القيام به مخالفا للاتفاق [3].

---

(1) – راجع المادة 173 من القانون المدني الجزائري , تقابلها المادة 212 من القانون المدني المصري ، والمادة 1143 من القانون المدني الفرنسي.

– في فرنسا نجد أن العديد من الأحكام صدرت لإجبار المدين التاجر على وقف المنافسة غير المشروعة ، نقض عرائض 1904.05.09 ، منشور في دالوز ، ص 518 , و قد أشار إليه بن شنيتي حميد ، المرجع السابق ، ص 112 .

– و أما في الجزائر نجد حكما صدر عن مجلس قضاء وهران صدر بتاريخ 1966.11.16 / منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، سنة 1969 عدد 3 ، ص 922 , و تتلخص وقائع القضية في أن شركة ادعت منافسة غير مشروعة لشركة أخرى فحكمت المحكمة على الشركة المنافسة بوقف المنافسة غير المشروعة , مع تهديدها بالغرامة التهديدية .

(2) – راجع بن شنيتي حميد ، المرجع السابق ، ص 112 .

(3) – راجع حطاب زينب ، المرجع السابق ، ص 91.

## الفرع الثالث

## نطاق الغرامة التهديدية في مجال القانون العام

لم تكن الغرامة التهديدية في بداية ظهورها تشمل علاقات القانون العام , فقد اقتصر تطبيقها على علاقات القانون الخاص , و قد ساد الاعتقاد أن الإدارة لا تسأل عن أعمالها , هذا ما أدى إلى القول بأن الإدارة لا تخشى القضاء , فسلطة القاضي الإداري سلطة غير فعالة كما هو الشأن بالنسبة للقاضي العادي , إلا أن هذا الاعتقاد لم يصمد , و بالتالي بدأت ملامح خضوع الإدارة للقاضي الإداري تظهر شيئا فشيئا , و تكرست شيئا فشيئا و بالتالي أصبح أغلب أعمال الإدارة باستثناء الأعمال السيادية تخضع لمشروعية القاضي الإداري , و قد تطور الأمر إلى أن أصبح للقاضي الإداري السلطة في فرض الإكراه المالي على الإدارة , لحثها على تنفيذ التزامها و بالنسبة للتشريع الجزائري فإنه لم يكن يشكل استثناءا على هذا الأمر , إذ لم يكن بمقدور القاضي أن يفرض غرامة تهديدية على الإدارة , و قد خلى قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 , من أي نص يخول القاضي مثل هذه السلطة [(1)].

و قد تذبدب الاجتهاد القضائي في الجزائر , سواء على مستوى الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي سابقا , أو على مستوى مجلس الدولة حاليا , حيث صدرت العديد من القرارات قضت فيها بعدم جواز الحكم على الإدارة بالغرامات التهديدية [(2)].

و في المقابل هناك بعض القرارات أجازت أن ينطق القضاء بغرامات تهديدية مكرها الإدارة على تنفيذ التزام بعمل , أو الامتناع عن عمل ينصب على عاتقها , و قد صدر القانون رقم 01/09 المؤرخ في 26 جوان 2001 المعدل و المتمم لقانون العقوبات , ليجرم كل معارضة لتنفيذ حكم قضائي [(3)].

---

(1) – في الحقيقة لم يكن قانون الإجراءات المدنية يتضمن نصا صريحا , بتخويل القاضي سلطة إصدار أوامر للإدارة ، أو توقيع جزاءات مالية عليها قصد إرغامها على التنفيذ ، وقد جاءت عبارات نص المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية السالف الذكر على ما يلي :' يجوز للجهات القضائية بناءا على طلب الخصوم أن تصدر أحكاما بتهديدات مالية في حدود اختصاصها ' وعليه نرى أن نص المادة جاء عاما ، و لم يحدد طبيعة هذه الجهات القضائية أكانت جهات القضاء العادي أو القضاء الإداري ، مما يفتح المجال للتأويل ، وهناك نصوص قانونية آخرى نصت بصراحة على إمكانية توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة منها المادة 88 من القانون رقم 20/95 المتعلق بمجلس المحاسبة بنصها : ' تعتبر مخالفات لقواعد الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية ويمكن للمجلس في هذا الإطار أن يعاقب المتسبب بغرامة تهديدية أو تعويضات مالية نتيجة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو بصفة متأخرة لأحكام القضاء '.

(2) – مما قضت به المحكمة العليا في رفضها لمبدأ الحكم على الإدارة بغرامات ماليه , الحكم الصادر بتاريخ 2002.02.06 تحت رقم 239307 ، و مما جاء في حيثيات القرار ما يلي : ' من المبادئ العامة و التشريع الحالي و الاجتهاد القضائي ، لا يجوز للهيئة القضائية أيا كانت طبيعتها الحكم بالغرامة التهديدية ضد المؤسسات ذات الطابع العمومي مثل الدولة أو الجماعات المحلية أو الهيئة الإدارية ، و أن عدم الامتثال للقرارات القضائية من طرف السلطة العمومية يشكل مصدرا منتجا لمسؤولية هذه السلطة فيمكن للمتضرر رفع دعوى بهدف الحصول على تعويض نتيجة ذلك التصرف '.

(3) – راجع القانون رقم 09/01 الصادر بتاريخ 2009.02.26 المعدل و المتمم لقانون العقوبات ، لاسيما المادة 138 مكرر .

و من بين الأحكام التي جاء بها هو إلزام الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية الصادرة عن القضاء سواء كان قضاء عاديا أو قضاء إداريا , تحت طائلة العقوبات الجزائية , إلا أن هذا القانون لم يحل المشكلة و يحسم في إشكالية تنفيذ القرارات القضائية الصادرة ضد الإدارة , إلا أن الوضع لم يدم على هذا الحال , فبصدور القانون رقم 08/09 الصادر بتاريخ 25 فيفري 2008 وبالرجوع إلى نص المواد 980–981–982 – 983–984 من هذا القانون فقد أجاز هذا القانون للجهة القضائية الإدارية التي يرفع إليها طلب تنفيذ حكم أو قرار إداري , أن تحكم على الإدارة بتهديد مالي (1).

و قد تضمن هذه المواد جملة من الأحكام تخص التهديد المالي , إذ أقرت المادة 980 من القانون السالف الذكر الحق للجهة القضائية في أن تأمر بتوقيع غرامة تهديدية , كما أقرت المادة 982 من نفس القانون أن الغرامة التهديدية مستقلة عن التعويض و أما الحكم الأخر الذي أقرته المواد 983–984–985 بحق الجهة القضائية المختصة , بتصفية الغرامة التهديدية أو تخفيضها , و حتى إلغائها عند الضرورة (2).

و أما بالنسبة لفرنسا فمما لا شك فيه أن التشريع و القضاء الفرنسي , كانا السباقان في إرساء فكرة مسألة الإدارة عن الأعمال التي تقوم بها , و إخضاعها لمبدأ المشروعية , و تطور الأمر إلى أن أصبح بمقدور القاضي أن يفرض إكراها ماليا على الإدارة لجبرها على تنفيذ الأحكام القضائية لصالح الأفراد (3).

---

(1) – في هذا الصدد تقول الرئيسة السابقة لمجلس الدولة الجزائري ، السيدة فريدة أبركان خلال ملتقى قضاة الغرف الإدارية عقد سنة 1992 :' الإدارة التي تتجاوز حدود الصلاحيات الشرعية و تنتهك الحريات و الحقوق إنما تفقد الاحترام المستحق لها ما يبرر أن يحكم عليها القاضي , بل أن يكلفها بالكف عن التعدي ' .

(2) – نشير كملاحظة في هذا الشأن أن المشرع الجزائري في هذا الحكم ، و حسب رأيننا أن استعمال مصطلح يحتمل الكثير من التأويلات , و بالتالي فالتساؤل الذي يطرح ، **هو ما المقصود بحالة الضرورة ؟** و نري أنه كان من الأجدر أن لا يترك الأمر على هذا الحال ، إذ كان من الأحسن أن يحدد المشرع الحالات التي يمكن فيها أن تلغى الغرامة التهديدية , خاصة إذا ما وزنا بين الإدارة و ما لديها من امتيازات السلطة و المواطن ، فيمكننا تصور أنه من السهل على الإدارة أن تطلب بإلغاء الغرامة التهديدية تحت غطاء الضرورة .

(3) – نشير أن القضاء الفرنسي في مسألة الحكم بالغرامة التهديدية لصالح الإدارة في مواجهة الأفراد ، رفض في بعض الأحيان طلب الإدارة بتوقيع الغرامة التهديدية ، و هذا ما قضت به محكمة نانت – Tribunal de Nantes – الصادر بتاريخ 1951.05.14 , و لقد لخص محافظ الحكومة الفرنسية هذا الموقف :" بأن الإدارة تملك من الوسائل الأكثر فعالية ، و التي تجعلها تستغني عن التهديد المالي ، و يجعل هذا الأخير دون فائدة " .

و تعد نقطة الانطلاقة حكم محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الشهير , إذ قضت بإمكانية استعمال التهديد المالي ضد أشخاص القانون العام لمصلحة الإدارة [1].

و قد اعتنق القضاء الفرنسي هذا الرأي الأمر الذي أدى بالمشرع الفرنسي إلى تبنى هذا الاتجاه بموجب القانون رقم 539.80 الصادر بتاريخ 1980.07.16 , و بهذا أصبح الحكم الذي يصدر ضد الإدارة لحملها على التنفيذ تحت غرامة تهديدية , هو حكم يستند في أساسه إلى إرادة تشريعية و إلى نصوص القانون [2].

**و أما في مصر** فقد استقر الرأي على أنه لا يجوز للقضاء الإداري , أو حتى القضاء العادي أن يجبر الإدارة على القيام بعمل , أو الامتناع عن عمل بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر , أي بتوقيع الإكراه المالي , و حتى في حالة ما إذا كان من الناحية العملية إمكان التنفيذ العيني , و بالتالي فإنه في حالة رفض الإدارة الوفاء بالتزاماتها , فلا يمكن إلا الحكم عليها بتعويض نقدي [3].

و في الأخير يمكننا القول أن دور الغرامة التهديدية هو دور مهم في تغليب مبدأ التنفيذ العيني وبالتالي على القضاة أن يمنحوا هذه السلطة دون أي قيد , فتعنت المدين في عدم الامتثال للأحكام القضائية وبالتالي عدم التنفيذ العيني يحدث اضطرابا خطيرا في المجتمع , و منه يجب التعامل مع هذا الاضطراب بحيث يكون إصلاحه عن طريق اكراهات مالية تدفع للخزينة العامة [4].

وأن العديد من التشريعات المقارنة و منها التشريعات المتطورة – كالتشريع الألماني – تتبنى مبدأ الغرامة التهديدية , و تخول للمحاكم سلطة توقيع الغرامات التهديدية , إلا أن هذه القوانين ليست محل إجماع , فعلى سبيل المثال يرفض القانون الإيطالي و القانون البولوني هذا المبدأ , كما أن القضاء البلجيكي و الذي يتبنى مبادئ القانون الفرنسي , يرفض تطبيق الغرامة التهديدية .

---

(1) – راجع حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر بتاريخ 1948.06.16 ، منشور في دالوز 1948 ، ص 377 ، تم نقله من مرجع أ / بن شنيتي حميد ، المرجع السابق ، ص 130 ، و مما جاء في حكم محكمة التنازع الفرنسية ما يلي :" .....خارج نطاق أي نزاع إداري ، فإن الجهات القضائية مختصة في حالة الحاجة الأمر بغرامة تهديدية ، لطرد الإدارة التي تشغل الأماكن بدون أي وجه حق '.

- et voir aussi H.L.J.Mazeaud, op-cit , p 877.

(2) - voir la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et a l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public .

(3) – راجع د/ عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 435.

(4) - voir H.L et J .Mazeaud , op cit , p 876.

## المطلب الثالث

## الجهة القضائية المختصة بإصدار الغرامة التهديدية و تصفيتها

يجدر بنا الأمر قبل التطرق لتحديد الجهة القضائية المختصة بإصدار الغرامة التهديدية , أن نتطرق إلى بعض النقاط الجوهرية في مقدمة هذا المبحث إذ سنبحث أساسا عن تحديد منقطة بداية سريان الغرامة التهديدية , وكذلك شرط طلبها من طرف الدائن , فبالنسبة للأمر الأول فيذهب جانب من الفقه في فرنسا إلى القول بأن القضي يتمتع بحرية كاملة في تحديد لحظة سريان الغرامة التهديدية فليس هناك ما يمنع القاضي حسب رأي هؤلاء من أن يصدر القاضي حكما بالغرامة التهديدية من تاريخ النطق بالحكم (1).

و قد اعتنقت **المحاكم الفرنسية** هذا الرأي كما أن هناك أحكاما أخرى ذهبت إلى تحديد بداية سريان الغرامة التهديدية بتاريخ سابق عن تاريخ الحكم إلا أن هذا الحكم قد لقي انتقادا من طرف غالبية الفقه على أساس أن الهدف من الغرامة التهديدية هو إجبار المدين على تنفيذ التزامه مستقبلا لأجل هذا يذهب جانب أخر من الفقه إلى تقرير حرية القاضي في تحديد لحظة سريان الغرامة التهديدية , شريطة أن لا يكون سابقا عن تاريخ النطق بالحكم , و أما جانب أخر فيذهب إلى تحديد القيد من تاريخ التبليغ و قد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه الأخير (2).

و بالتالي وضعت حدا للجدل الفقهي القائم , و أقرت مبدأ عاما و هو أن التهديد المالي يبدأ من لحظة تبليغ الحكم (3).

**و أما بالنسبة لموقف القضاء الجزائري** , فإنه اتجه في نفس اتجاه القضاء الفرنسي , إذ يبدأ تاريخ سريان الغرامة التهديدية من تاريخ تبليغ الحكم , و ذهبت بعض المحاكم إلى تحديد هذا التاريخ بعد

---

(1) - voir Mazeaud et Tonc , op-cit , p 250 .

(2) - voir dans se sens « parce que l'astreinte provisoire est… arbitraire dans la première phase de son mécanisme , le juge peut prononcer une astreinte sans limitation de durée …. », Cass.Civ , 1972.05.03 , ec.Cass N°324 , p 234.

(3) - voir tribunal Civil de sidi bel Abbas , Dalloz 1957 , sommaire Mazeaud et tunc , p 638 .

- et voir « aux termes de l'article 50 du décret N° 77-788 du 1972.08.18 (C.P.Civ art 503) a défaut d'exécution volontaire, les juges ne peuvent être exécuté contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir notifies ….L'astreinte ….doit donc être prendre effet a compté de la notification de cette décision …. » .

شهر من تاريخ التبليغ , بينما ذهبت محاكم أخرى إلى تقرير مدة شهران من تاريخ التبليغ [(1)].

و تجدر الإشارة إلى أنه ليس هناك قيد في نصوص القانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية , و على هذا الأساس يمكننا القول أنه من الناحية القانونية ليس هناك ما يقيد القاضي بزمن معين لبدء سريان الغرامة التهديدية , رغم أن المادة 980 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تشير بشكل صريح إلى وجوب تحديد تاريخ سريان الغرامة التهديدية , إلا أنه لم يقيد بلحظة معينة بذاتها.

**و أما في مصر** فعلى خلاف التشريع الفرنسي و التشريع الجزائري , فيذهب الفقه و القضاء بأن بدأ سريان الغرامة التهديدية يكون من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا , أي بمعنى إذا تم الاستئناف في الحكم الصادر بتوقيع الغرامة التهديدية , و أن القرار صدر بتأييد الحكم الابتدائي , فإن تاريخ سريانها يكون من يوم صدور قرار الاستئناف , و يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري في هذا الشأن :" .... و قد كان مقتضى ذلك – من مقتضى أن الغرامة التهديدية أمر يصدر من المحكمة للمدين المتعنت بتنفيذ التزامه – ألا يبدأ سريان الحكم بالتهديد المالي , إلا من وقت صيرورة هذا الأمر نهائيا , فإذا استأنف حكم بتهديد مالي , و جب انتظار الفصل النهائي من محكمة الاستئناف , حتى يعلم المدين أن الأمر بالتنفيذ قد تأيد نهائيا , ولا مناص من الطاعة , مثل ذلك أن يصدر حكم بإلزام المدين بالتنفيذ العيني في مدة شهر و إلا دفع مبلغا معينا عن كل يوم يتأخر فيه عن التنفيذ , ثم يستأنف هذا الحكم ولا يستغرق نظره في الاستئناف مدة أربعة أشهر , ثم تؤيد محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي , في مثل هذه الحالة يجب إعطاء المدين مهلة شهر للتنفيذ العيني , و تسري هذه المدة من وقت صدور حكم الاستئناف , لا من وقت صدور الحكم الابتدائي " [(2)].

و أما بالنسبة للأمر الثاني و هو شرط طلب الحكم بإيقاع الغرامة التهديدية , فبالرجوع إلى القانون الجزائري فإن القاضي الجزائري لا يمكنه الحكم بالغرامة التهديدية من تلقاء نفسه , و بالتالي فإنه يتقيد بما يطلبه الخصوم , و عليه فليس للقاضي أن يحكم بتوقيع الغرامة التهديدية من تلقاء نفسه , و هو نفس اتجاه القانون الفرنسي و القانون المصري .

---

(1) – راجع / حكم محكمة سيدي أمحمد الصادر بتاريخ 1980.07.14 تحت رقم 79/512 , و مما جاء في حيثيات القرار :" تحدد تهديد مالي بمقدار 150 دينار جزائري عن كل يوم تأخير ، و يبدأ سريانه بعد شهر من تاريخ تبليغ الحكم " منقول حرفيا من مرجع أ بن شنيتي حميد ، المرجع السابق ، ص 167 .

– راجع حكم محكمة سيدي أمحمد ، رقم 76/539 الصادر بتاريخ 1980.04.28 , المرجع نفسه ، ص 167 .

(2) – راجع حكم محكمة الاستئناف الأهلية الصادر بتاريخ 22 جانفي 1907 ، و محكمة الإسكندرية الكلية الأهلية الصادر بتاريخ 16 جانفي 1932 ، و حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر بتاريخ 16 جانفي 1879 ، و كل هذه الأحكام أشار إليها د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 456 .

– راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 816 .

## الفرع الأول

## الجهة القضائية المختصة بإصدار الغرامة التهديدية

إن سلطة توقيع الغرامة التهديدية أمر متروك للقاضي , سواء كان قاضي الموضوع أو قاضي الاستعجال , و قد ثار الخلاف في شأن الغرامة التهديدية في مسألة تحديد مدى اختصاص بعض الجهات القضائية للفصل في الغرامة التهديدية , فإذا كان اختصاص قاضي الموضوع للنظر في طلب توقيع الغرامة التهديدية أمر مقبول , فإن الأمر لم يكن كذلك في شأن اختصاص قاضي الأمور المستعجلة هذا ما يجرنا إلى الرجوع إلى موقف القضاء الفرنسي من هذه المسألة , و قد اتجه هذا الأخير في بداية الأمر إلى عدم قبول اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بتوقيع الغرامة التهديدية , و ذلك بحجة أن هذا الأخير تعويض , و التعويض يخرج عن اختصاصه [(1)].

إلا أن هذا الاتجاه سرعان ما تغير بموجب قرار صدر عن محكمة النقض , قضت فيه بإمكانية أن يحكم قاضي الاستعجال بالغرامة التهديدية , و مما جاء في حيثيات القرار :" أن التهديد المالي أمر وقتي يختلف عن التعويض , و هو يهدف إلى ضمان تنفيذ حكم العدالة و عليه فإن قاضي الأمر المستعجلة يختص بالحكم به " [(2)].

و لقد تبنى **المشرع الفرنسي** اتجاه القضاء الفرنسي في نص المادة 491 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي , و التي تضمنت بشكل صريح إمكانية أن يصدر القاضي حكم يتضمن توقيع الغرامة التهديدية , و تخول هذه المادة الحق لكل قاضي ينظر طبقا لأحكام الاستعجال أن يفرض الغرامة التهديدية , و بذلك يمكن لرئيس جهة الاستئناف أن يصدر قرارا يتضمن توقيع الغرامة التهديدية [(3)].

---

(1) – راجع بن شنيتي حميد ، المرجع السابق ، ص 135 , و قد أشار إلى بعض الأحكام و القرارات القضائية منها : نقض مدني 1898.06.10 ، و سيراي 1899.20,0 ، و الأسبوع القانوني 1947.11.25 ، و غيرها من الأحكام و القرارات القضائية.

(2) – مما جاء في حيثيات القرار ما يلي :" attendu que l’astreinte comminatoire mesure provisoire est entièrement distincte des dommages –intérêts , puisque seulement destinée a assurer l’exécution d’une décision de justice ; que dés lors , le juge de référés a qualité pour la prononcer ……. » .

(3) – و هو ما نصت عليه المادة 956 ( المرسوم رقم 76–1236 الصادر بتاريخ 1976.12.28 ) ، من قانون الإجراءات المدنية بقولها :" dans tous les cas d’urgence le président peut ordonner en référé , en cas d’appel , toutes les mesures qui ne se heurtent a aucune contestation sérieuse ou que justifie d’un différend ».

– نشير أن الفقه الفرنسي قد اتجه إلى نفس اتجاه القضاء ، حيث يجمع الفقه على أنه لا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يوقع أحكام بالغرامة التهديدية ، غير أن هذا الرأي تغير و أصبح يقر بحق قاضي الاستعجال بفرض الغرامة التهديدية.

**و أما في الجزائر** فقد تضمن قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 النص عليها , و بهذا يكون المشرع الجزائري قد سبق المشرع الفرنسي في إعطاء سلطة فرض الغرامة التهديدية , و قد نصت المادة 471 /2 من قانون الإجراءات المدنية على :" يجوز لقاضي الأمور المستعجلة بناء على طلب الخصوم أن يصدر حكما بتهديدات مالية ...." , و بالنسبة لموقف القضاء الجزائري , فإنه لم يشد عن القاعدة إذ صدرت عن القضاء الإستعجالي العديد من الأحكام بفرض الغرامة التهديدية [(1)].

و بالنسبة لموقف المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد , فقد أبقى المشرع الجزائري على هذا الاتجاه في القانون الجديد , فقد نصت المادة 305 من هذا القانون على :" يمكن لقاضي الاستعجال الحكم بالغرامات التهديدية و تصفيتها , يفصل عند الاقتضاء في المصاريف القضائية " , و عليه فالحكم بقي على حاله أي منح قاضي الاستعجال سلطة فرض غرامات تهديدية و حتى تصفيتها , و هذا الأمر لم يكن متاحا , ففي ظل القانون القديم لم يكن الأمر وضحا , حيث نصت المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية :" يجوز للجهات القضائية ........ أن تصدر أحكاما بتهديدات مالية في حدود اختصاصها , و عليها بعد ذلك مراجعتها و تصفية قيمتها .....» , و عليه فقد ذهب البعض إلى تفسير ذلك بأن الجهة القضائية المقصودة بالعبارة هي جهات قضاء الموضوع , على اعتبار أن قضاء الاستعجال لا يختص بالنظر في أصل الدعوى أي أساس الحق [(2)].

إلا أننا لا نميل إلى هذا التفسير طالما أن الغرامة التهديدية سواء في فرضها أو حتى تصفيتها لا تمس بأصل الحق , فالقاضي لما ينطق بها فهذا لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام أو تعديله , إذ يبقى قائما الالتزام الأصلي قائما , وبالتالي فلا مانع من أن يختص قاضي الاستعجال بتصفيتها , و عليه فإن المشرع الجزائري في تعديل قانون الإجراءات المدنية تحسب لهذا الأمر , وأصبح يجيز لقاضي الاستعجال فرض غرامات تهديدية و تصفيتها.

و أما بالنسبة لمصر فيجيز القانون المصري لجميع الجهات القضائية , أي كافة أنواع المحاكم العادية و الاستثنائية , المدنية و التجارية , و حتى الجنائية إذا كانت تقضي في التزام مدني , و مثال ذلك بأن تقضي على الجاني بإعادة ما اغتصبه , و يجيز المشرع المصري لقاضي الأمور المستعجلة أن يفرض غرامات تهديديـة إلا أنه لا يجوز لهذا الأخير أن يقوم بتصفيتها , فهذا يخرج عن نطاق اختصاصه [(3)].

---

(1) – أنظر في هذا الشأن قانون الإجراءات الجزائية لاسيما المادة 471 / 1 المتعلقة بالغرامة بفرض غرامات على الإدارة .

(2) – راجع أ / بن شنيتي حميد ، المرجع السابق ، ص 176 .

(3) – راجع د / محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 44 .

– د / أنو سلطان ، المرجع السابق ، ص 164 .

كما يمكن إبداء طلب الغرامة التهديدية في أية مرحلة كانت عليها الدعوى , و لو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف , و يعلل البعض هذا الحكم على أن هذا الطلب لا يعتبر طلبا جديدا , بل يعتبر طلبا تابعا للطلب الأصلي.

و يعلل البعض هذا الرأي بأنه إذا كان للمحكمة سواء كانت ابتدائية أم استئنافية أن تقضي من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية لمساندة حكمها بالتنفيذ العيني , فليس هناك ما يمنع من إبداء هذا الطلب لأول مرة أمام محكمة الاستئنـاف , خاصة و أن هذا الطلب لا يعتبر في الحقيقة طلبا قضائيا بالمعنى المعروف [1].

و في الأخير لقد رأينا أنه يجوز للقاضي الجنائي بصدد فصله في نزاع جنائي , أن يصدر تهديدا ماليا لحث المدين على تنفيذ التزامه , إلا أن السؤال الذي يطرح , **هو هل يجوز له أن يقوم بتصفية الغرامة التهديدية ؟**

و قد اختلف الفقه في شأن هذه المسألة , فذهب البعض إلى عدم إمكانية ذلك , على أساس أن القاضي الجنائي لا يملك سلطة إصدار مثل هذه الجزاءات المالية , بينما ذهب فريق أخر إلى أن القاضي الجنائي يبقى مختصا بتصفية الغرامة التهديدية , و يستندون في موقفهم بحجة أن القاضي الجنائي عند تصفيته للتهديد المالي , لا يمس مسألة مدنية و إنما يتبع الأمر الذي أصدره لمعاقبة المدين على عدم احترامه [2].

---

(1) – راجع د / محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 44 .
– د / أنو سلطان ، المرجع السابق ، ص 164 .
(2) – راجع بن شنيتي حميد ، المرجع السابق ، ص 178 .

## الفرع الثاني

## عناصر تقدير تصفية الغرامة التهديدية

تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة لجبر المدين المتعنت على التنفيذ العيني , و بما أن امتناع المدين عن التنفيذ يتم تقديره عن كل وحدة زمنية , فإنه من الطبيعي أن يسترشد القاضي بعناصر تمكنه من تحديد قيمة التهديد المالي لأنه من غير الطبيعي أن تترك الغرامة التهديدية تتراكم إلى ما لا نهاية , كما أن إذا كان للقاضي سلطة في فرض الغرامة التهديدية , **فهل تبقى له هذه السلطة مطلقة في تصفية الغرامة التهديدية ؟**

لقد حدد القانون الجزائري و القانون المصري , عنصران يستهدي بهما القاضي في فرض الغرامة التهديدية و هما عنصر الضرر الذي أصاب الدائن , و العنت الذي بدا من المدين .

و أما بالنسبة للقانون الفرنسي فعلى خلاف القانون الجزائري و القانون المصري , لم يحدد العناصر التي يستهدي على أساسها في تقدير المبلغ المصفي , و منه فإن الأمر متروك للقاضي بما له من سلطة , و عليه سنحاول الاستهداء بموقف القضاء في تحديد عناصر تقدير الغرامة التهديدية .

**1 – <u>عنصر الضرر الذي أصاب الدائن</u>** : حددت المادة 175 من القانون المدني العناصر التي يستهدي بها القاضي في تصفية الغرامة التهديدية , حيث نصت على :" ... مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين " , و تقابلها المادة 214 في القانون المدني المصري , و يستند القاضي في تقييمه للضرر الذي أصاب الدائن على عنصري الربح و الخسارة , و هذا ما نصت عليه المادة 182 من القانون المدني الجزائري بنصها : " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره , و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب ... " [(1)].

و فقا للقواعد العامة فإن القاضي يقدر التعويض على أساس الضرر الذي لحق بالدائن – أو المضرور – , إذ أ ن هناك تلازم بين قدر الضرر و قيمة التعويض إلا في حالة الغرامة التهديدية فإن القاضي لا يكتفي عند تقدير الضرر المستحق الذي لحق الدائن من جراء الإخلال بتنفيذ التزام تعاقدي بل يدخل في هذا التقييم العنت الذي بدا من المدين في الامتناع عن التنفيذ [(2)].

---

(1) – راجع المادة 182 من القانون المدني الجزائري , و تقابلها المادة 221 من القانون المدني المصري .

(2) – راجع د / محمد حسن منصور ، المرجع السابق ، ص 62 .

– و راجع د / حسن على الذنون– محمد سعيد الرحو ، المرجع السابق ، ص 98 .

2 – **عنصر العنت** : يمكننا القول بأن العنت هو الإصرار عن الامتناع , و قد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في شأن الكلام عن العنت :' ....... و لكن ينبغي أن يراعى في هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتا باعتبار هذه الممانعة عنصرا أدبيا من عناصر احتساب التعويض ' , و عليه فإنه في إطار تقييم الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم التنفيذ أو حتى التأخير فيه , فإن القاضي يدخل عنصر أدبيا و هو العنت الذي بدا من المدين , و يكون هذا العنصر حاسما في الحكم بمقدار الغرامة التهديدية , فإذا لم يرتدع المدين و بدا منه من الإصرار والممانعة فمن الطبيعي أن يقضي القاضي بالمبلغ الإجمالي للغرامة التهديدية , و لا مجال لينقص منها و أما إذا لم يكن هناك إصرار من طرف المدين , ففي تصورنا أن هذا قد يكون مدعاة للقاضي بأن يخفض مبلغ الغرامة التهديدية إلى الحد الذي يراه معقولا , أو حتى يلغيها و هذا كله وفقا لتقديرات القاضي .

و بالنسبة لتقدر الغرامة التهديدية في القانون الفرنسي , و كما أشرنا إليه فإن القانون الفرنسي لم يتضمن عناصر لتقدير الغرامة التهديدية , فقد أشارت المادة 8 من القانون رقم 72–626 إلى سلطة القاضي في تخفيض أو إلغاء الغرامة التهديدية [1].

ومنه يظهر أن للقاضي سلطة واسعة في التعامل مع الغرامة التهديدية , إذ يمكنه حتى إلغائها في حالة عدم التنفيذ , و في ظل عدم وجود عناصر لتقدير الغرامة التهديدية في القانون الفرنسي فهذا لا يعني أنه ليست هناك ضوابط يهتدي بها القاضي الفرنسي , بل هناك عدة ضوابط نذكرها فيما يلي :

1 – **عنصر الخطأ** : يذهب العديد من الفقهاء إلى اعتبار عنصر الخطأ من أهم العناصر التي يهتدي بها القاضي لتقدير الضرر , و قد أقرت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في قرار لها صدر بتاريخ 1959.10.20 و مما جاء فيه :" ....إن القرار الذي قضى بالغرامة التهديدية المؤقتة , كوسيلة إجبار تختلف تماما عن التعويض مبررا قانونا , فهي في الأخير وسيلة لقهر عنت المدين الرافض للتنفيذ وليس هدفها تعويض الضرر الناتج عن التأخير , و لكنها تصفى بقدر جسامة خطأ المدين المتخلف و ما يريده........" [2].

---

(1) - voir Article 8 de la loi n° 72-626 : « il appartient au juge de modérer ou supprimer l'astreinte même au cas d'inexécution constaté » .

(2) - voir aussi « …..est légalement justifie l'arrêt décidant que l'astreinte provisoire, mesure de contrainte entièrement distincte des dommages-intérêts et qui n'est en définitive qu'un moyen de vaincre la résistance opposée l'exécution d'une condamnation, n'a pas pour objet de compenser le dommage né du retard, et est normalement liquidée en fonction de la gravité de la faute du débiteur récalcitrant et ses facultés …. » .

**2 – <u>عنصر قدرة المدين</u>** : لقد أشرنــا أن القانون الفرنســي لم يشر إلى عنــاصر تقديـر الغرامة التهديدية و بالتالي فإن الأمر ترك للقضاء لتحديد هذه العناصر , و قد صدر في هذا الشأن قرار عن محكمة النقض الفرنسية يستند إلى عنصر قدرة المدين على التنفيذ , و قد صدرت العديد من الأحكام القضائية تأخذ بعين الاعتبار في تصفية الغرامة التهديدية , عنصر قدرة المدين على التنفيذ **(1)**.

و عليه يستند هذا المعيار في تقدير المركز المالي للمدين المحكوم عليه , و مدى ملائمته و يسره لأن تصفية الغرامة بمبلغ يجاوز قدرته سوف يؤثر على الجدوى من التهديد المالي , و من ثم لزم أن تكون تصفية الغرامة بمبلغ يستطيع المدين المحكوم عليه بالوفاء **(2)**.

و قد ظل تطبيق هذا المعيار أمام القضاء الفرنسي حتى صدور قانون 1972 , بالنظر إلى أن هذا القانون كما أشرنا إليه لم ينص على أي معيار أو ضابط يمكن أن يستند إليه القاضي في تصفية الغرامة التهديدية , و نشير كذلك أن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى إمكانية الجمع بين مبلغ الغرامة التهديدية النهائية و مبلغ التعويض , على اعتبار اختلاف الأساس في تصفية الغرامة التهديدية وتحويلها إلى مبلغ نهائي , في حين أن الأخذ بمعيار الضرر يترتب عليه عدم الجمع بين مبلغ الغرامة التهديدية و مبلغ التعويض , فحسب هذا المعيار يختلط مبلغ الغرامة التهديدية مع التعويض , و بالتالي لا يمكن في ذات الوقت الحصول على حكم بالتعويض بجانب الحكم الغرامة التهديدية .

**3 – <u>عنصر الضرر</u>** : إلى جانب العنصران السابق ذكرهما , فقد صدر كذلك قرار عن محكمة النقض الفرنسية يستند إلى عنصر الضرر , و مما جاء عن محكمة النقض الفرنسية :' أخذا عنصر الضرر في الاعتبار لتحديد المبلغ المصفي للتهديد المالي , لا يغير من طبيعة هذا الأخير , بشرط أن يكون التوجيه العام للتصفية هو تحديد التعويض , و قضاة الموضوع يتمتعون بسلطة مطلقة في تحديد المبلغ النهائي فلهم أن يصفوا التهديد المالي إلى الصفر إذا كان المدين لم يرتكب خطأ أو قام بالتنفيذ أو أن عدم قيامه بالتنفيذ يرجع إلى قوة قاهرة " **(3)**.

---

(1) – راجع على سبيل المثال / نقض اجتماعي 1975.05.28 / منشور في مجلة غزات القصر - gazette du palais-.

(2) – راجع د/ بخيث محمد بخيث على ، المرجع السابق ، ص 187–188 .

(3) - voir :« …..attendu que si l’astreinte comminatoire doit être liquidée en fonction de la gravite de la faute du débiteur et de ces facultés, la cour d’appel, qui a constaté la mauvaise volonté et la résistance abusive et la faute de la société générale alimentaire, a pu liquider l’astreinte en tenant compte aussi du préjudice causé au créancier par le retard apporté a l’exécution de la décision antérieure » .

– أنظر / بن شنيتي حميد ، المرجع السابق ، ص 182 .

# الفرع الثالث

## شكل تصفية الغرامة التهديدية

من المقرر بحسب الأصل أن الغرامة التهديدية إجراء تبعي لضمان تنفيذ حكم يتضمن التزام على عاتق المدين , و تتضمن الغرامة التهديدية مرحلتين , إحداهما تتمثل في اتصال القاضي بطلب توقيعها – في الجزائر و مصر – أو الحكم بتوقيعها تلقائيا – في فرنسا – , و لا يكون لهذه المرحلة من أثر إلا إحاطة المدين علما بما يتهدده من جزاءات مالية , كما يقتصر دور القاضي في هذه المرحلة في تحديد مدى ملائمة الحكم بها [1].

و تقدير العناصر التي تقوم عليها الغرامة التهديدية كوسيلة ضمان تنفيذ الحكم الأصلي , فإذا انتهت هذه المرحلة بصدور حكم بتوقيع الغرامة التهديدية , تأتي بعدها مرحلة أكثر أهمية و هي مرحلة التصفية و تتحدد هذه المرحلة كذلك بناءا على موقفين يتخذهما المدين , فإما أن تحدث الغرامة التهديدية أثرها فيقوم المدين بتنفيذ التزامه , بالتالي يتراجع عن عناده و إصراره على عدم التنفيذ ومنه يقوم القاضي بتصفية الغرامة التهديدية و تحويلها إلى تعويض جراء التأخر في التنفيذ , أو أن يبقى مصرا على تعنته و يرفض التنفيذ , و في كلا الحالتين ينكشف موقف المدين بصفة نهائية من التنفيذ أو عدمه [2].

و عليه فالقاضي الذي ينظر في تصفية الغرامة التهديدية يجب عليه أن يتأكد من توافر شروط الحكم بها , و بالتالي إذا رأى أن الحكم بالتهديد المالي لم يراعى فيه شروط الحكم بها , فله أن يرفض التصفية لعدم تأسيس الدعوى المرفوعة أمامه , و قد ذهبت المحكمة العليا إلى تقرير هذا في القرار الصادر بتاريخ 1989.07.19 تحت رقم 51084 , و مما جاء في حيثيات القرار ما يلي : " من المقرر قانونا أن الحكم الفاصل في موضوع الدعوى دون أن يراجع الغرامة التهديدية المحكوم بها سابقا و يعمل على تصفيتها , و دون أن يبين ما إذا كان مقدار التعويض عن الضرر الفعلي يعدا منعدما للأساس القانوني و مخالفا للقانون " [3].

---

(1) – نشير في هذا الصدد أن للقاضي الذي ينظر في طلب توقيع الغرامة التهديدية ، سلطة تقدير ملائمة هذا الإجراء ، بالحد الذي تتحقق الغاية من اللجوء إليها ، و هو غير ملزم بتسبيب الحكم ، إلا أنه ملزم بتقديم تفسيرات للخصوم في حالة رفضه الحكم بها .

(2) – راجع د/ بخيث محمد بخيث علي ، المرجع السابق ، ص 159 .

(3) – انظر القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1989.07.19 تحت رقم 51084 ، منشور في المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الرابع ، ص 38 .

و عليه فإذا ما تقرر تصفية الغرامة التهديدية فإن هذا الأمر يطرح مسألتين أو إشكالين في مجال التصفية و هما :

– **المسألة الأولى** : تتمثل في البحث عن مدى تجاوز القاضي لمقدار التعويض عن الضرر الناشئ إذا ما بدا له تعنت المدين و إصراره على عدم التنفيذ .

– **المسألة الثانية** : تتمثل في طريقة حساب المبالغ المتراكمة المحكوم بها على المدين , و من هنا نجد أن القضاة من الناحية العملية يعتمدون طريقتين , فالبعض يعتمد طريقة حسابية للمبالغ المحكوم بها في حين يعتمد البعض الآخر من القضاة على التقدير العام للتعويض حسب سلطته التقديرية مستندا في ذلك إلى ما أصاب الدائم من ضرر , مراعيا الموقف الذي اتخذه المدين من التنفيذ , و مدى العنت الذي بدا منه (1).

و بصدد تصفية القاضي للغرامة التهديدية فإنه إما أن يقوم بتصفيتها بصفة مؤقتة , أو أن يقوم بتصفيتها بصفة نهائية , و لكل شكل من هذه الأشكال نظام خاص به , و بالتالي سنحاول التطرق إلى كل شكل من أشكال التصفية .

**1 – <u>التصفية المؤقتة</u>** : تبدأ التصفية من لحظة التي يطالب فيها الدائن بتوقيع الغرامة التهديدية و النطق بها من طرف القاضي إلى اللحظة التي يطالب فيها بالتصفية المؤقتة , و شرعت هذه التصفية لمعاقبة المدين التأخير في التنفيذ , بشرط أن يكون التنفيذ ما زال ممكنا , فإذا ما استحال التنفيذ فلا مجال للمطالبة بها اذ تصبح في هذه الحالة التصفية نهائية (2).

و تتميز التصفية المؤقتة بأنها تصفية جزئية لأنها لا تمثل سوى مدة التأخير في التنفيذ , دون المدة اللاحقة , كما تتميز هذه التصفية بصفة التأقيت إذ قد يتراجع القاضي عنها إما بالإنقاص في قيمتها أو حتى إلغائها .

و بالرجوع إلى نص المادة 2/174 من القانون المدني الجزائري التي تنص على :" إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة " , و منه نرى أن نص المادة السالفة الذكر تبيح للقاضي أن يزيد في مبلغ الغرامة التهديدية **فهل يعني هذا أن له الحق في تصفيتها ؟**

---

(1) – راجع الحكم الصادر عن محكمة سيدي امحمد تحت رقم 512– 79 الصادر بتاريخ 1980.07.14 ، نقلا عن بن شنيتي حميد المرجع السابق ، ص 188.

(2) – المرجع نفسه ، ص 186 .

و الحقيقة أنه ليس هناك ما يمنع القاضي من أن يقوم بتصفية الغرامة التهديدية متى طلب منه الزيادة في قيمة الغرامة التهديدية , على اعتبار أن الغرامة التهديدية التي سبق توقيعها على المدين لم تثنه على التنفيذ , و بالتالي يمكن للقاضي أن يصفي الغرامة التهديدية , و يحكم بالزيادة في قيمتها وهذا الاتجاه اتبعته بعض المحاكم في الجزائر (1) .

و أما بالنسبة للوضع في فرنسا فيرى الفقه الفرنسي أنه يمكن للقاضي أن يقوم بالتصفية المؤقتة في ظل القانون الجديد , كما يتبين من نص المادة السابعة من القانون الصادر بتاريخ 1972.07.05 على أن القاضي يصفي التهديد المالي في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التأخير فيه (2).

و أما بالنسبة للوضع في مصر فقد تضمن نفس الحكم الذي تضمنه المشرع الجزائري في نص المادة 1/174 من القانون المدني , و عليه و بالرجوع إلى نص المادة 213 مدني مصري و التي تنص على : " إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم , إلا إذا قام به المدين نفسه , جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ , و بدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك .

و إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة " .

و منه نرى أن هناك تطابق بين نص المادة 1/174 من القانون المدني الجزائري , و نص المادة 213 من القانون المدني المصري , و بالتالي فيمكنا أن نقول مرة ثانية أنه ليس هناك ثمة مانع من أن يقوم القاضي بتصفية الغرامة التهديدية , في حالة ما إذا طالب الدائن برفع من قيمة الغرامة التهديدية نتيجة لتعنت المدين و إصراره , و بالتالي يمكن للقاضي أن يحكم بتصفية الغرامة الأولى و في نفس الوقت يقوم بتوقيع غرامة مالية أشد من الأولى طالما أن الأولى لم تؤدي الغرض من تقريرها , و كل هذا متروك لتقدير القاضي بما له من سلطة تقديرية لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه , و بالتالي له أن يقبل طلب الدائن , كما له أن يقوم بتصفية الغرامة التهديدية إذا ما ترأى له عدم الجدوى من توقيع غرامة تهديدية أخرى .

---

(1) – راجع الحكم الصادر عن محكمة سيدي أمحمد بتاريخ 1980.07.14 المرجع السابق ، المشار إليه في المرجع نفسه ، ص 188 .

(2) – المرجع نفسه ، ص 187 .

2 – **التصفية النهائية** : تتقرر التصفية النهائية حال التأكد من موقف المدين الرافض للتنفيذ , و بالتالي لم يتبقى للدائن إلا أن يطالب بالتصفية النهائية , و منه وجب على القاضي أن يصفي ما حكم به تصفية نهائية , و يحدد المبلغ النهائي لها .

1 – **التصفية النهائية في التشريع الجزائري** : بالرجوع إلى نص المادة 175 من القانون المدني الجزائري , فإن التصفية النهائية للغرامة التهديدية مقيدة بعنصرين , و هما عنصر الضرر الذي أصاب الدائن , و عنصر العنت الذي بدا من المدين , ذلك أن تكييف الغرامة التهديدية في التشريع الجزائري هي تعويض , و بالتالي فإن القاضي عند قيامه بالتصفية النهائية فإنه ينظر في موضوع النزاع , و يحكم بتعويض على أساس ما فات الدائن من كسب و ما لحقه من خسارة ( أي الضرر ), بالإضافة إلى عنصر العنت الذي بدا من المدين طالما أننا بصدد إجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزام .

2 – **التصفية النهائية في التشريع المصري** : نجد أن المشرع المصري تبنى نفس موقف المشرع الجزائري , إذ نصت المادة 214 مدني مصري : " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين " , و عليه فإن القاضي المصري حال قيامه بالتصفية النهائية أن يستند إلى عنصر الضرر , و كذلك العنت الذي بدا من المدين .

3 – **التصفية النهائية في التشريع الفرنسي** : لقد تضمنت المادة 2/8 من القانون الصادر 1972.07.05 و الذي بموجبه تم تقرير الغرامة التهديدية , أحكام تتعلق بالتصفية النهائية للغرامة التهديدية , حيث يمنح القانون الفرنسي للقاضي سلطة واسعة لتسوية الغرامة التهديدية , إذ يمكنه إنقاص قيمة الغرامة التهديدية أو حتى إلغائها : " Il appartient au juge de modérer ou de supprimer l’astreinte même au cas d’inexécution constatée , إلا أنه و بالمقابل لا يجوز للقاضي الفرنسي أن يزيد في قيمة الغرامة التهديدية , و ذلك لأن نص المادة السالفة الذكر لم تتضمن ذلك , بل أشارت إلى سلطة القاضي بخفض الغرامة أو إلغائها و لم تشر إلى الزيادة فيها [1].

و في الأخير نقول أن الغرامة التهديدية هو طريق غير مباشر لحث المدين على التنفيذ العيني أثبت مكانه و فعاليته في تدعيم و تقوية الحماية التنفيذية , و هو نظام قانوني معتمد في أغلب التشريعات القانونية بما فيها التشريعات الثلاث محل الدراسة .

---

(1) – راجع بن شنيتي حميد ، المرجع السابق ، ص 189 .

# المبحث الثاني
# الشرط الجزائي

لقد أصبح للشرط الجزائي , أو التعويض الإتفاقي في بعض الحالات استعمالا واسعا في العديد في المجال التعاقدي , و قد يمتد حتى ليشمل المجال غير التعاقدي أو التقصيري , كما سنراه في دراسة هذه المسألة , و يرجع الفضل في ظهور هذه الوسيلة القانونية إلى القانون الروماني , فقد كان ينقص الإرادة المجردة شيء يلتزم من خلاله المتعاقدان على تنفيذ الالتزام , فقد كانت العقود تستمد قوتها من تبادل العبارات المقدسة وفق أسلوب محدد مسبقا , و قد كانت طريقة التعاقد أو التفاوض للتعاقد يتخذ شكل جواب و سؤال , الأمر الذي يعطي للدائن قانونا الحق في طلب تنفيذ الالتزام , و لم تكن للقاضي سلطة الحكم بمبلغ من النقود إذا لم يتعهد به المدين صراحة , و بهذا لم تكن هناك ضمانات قانونية لإجبار المتعاقدان على احترام الالتزام , و انطلاقا من هذه الحاجة ظهرت فكرة أو ضرورة إجراء عقد آخر يضمن تنفيذ العقد بالشكليات القانونية المفروضة [1].

و سمي هذا العقد بالعقد الفرعي –stipulatio poenae – , و هذه عبارة لاتينية تعني الشرط المتضمن جهدا مكلفا , و قد نقل القانون الفرنسي هذا الشرط و تبناه تحت تسمية الشرط الجزائي – la clause pénale – [2].

و يجمع الفقه القانوني على أهمية الشرط الجزائي في مجال الالتزامات التعاقدية , فهو ذو دور فعال في دفع المتعاقدان إلا أن تنفيذ الالتزامات المتفق عليها , و يقول في هذا الشأن "ماريوني" –Maruani " إن الشرط الجزائي هو إحدى الوسائل العديدة التي منحها إياها الحياة القانونية , لتعزيز الآثار القانونية للالتزام , و بالتالي ضمان تنفيذه بطريقة أكثر فاعلية من مجرد التهديد بطلب التعويض القانوني , وهو النظام الذي اخترعه الإنسان خوفا من أن يرى رغباته القانونية بدون آثر , إنها حاجته إلى الأمان وبعبارة أدق إلى الثقة , و أيضا تحسبه لشعور احتمالي , هما اللذان يدفعانه إلى اللجوء إلى الشرط الجزائي , أيا

---

(1) – راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 471.

(2) – تتعدد العبارات و المصطلحات للتعبير عن الشرط الجزائي ، فقد يعبر عنه بالجزاء الإتفاقي ، أو الجزاء التعاقدي ، أو الجزاء القضائي لإبراز طبيعة الجزاء التي يحملها الشرط الجزائي ، كما تستعمل عبارة التعويض الإتفاقي ( و هذا ما استعمله المشرع الجزائري و المسرع المصري في القانون المدني ) , لتحديد التعويض الجزافي الذي يحمله هذا الشرط ، كما تستعمل عبارة تعويض النكوص خصوصا في التعهدات التي يكون محلها التزامات بعمل ، إلا أن هذه العبارة قليلة الاستعمال ، و منه يبدو أن عبارة الشرط الجزائي – La clause pénale – هي التي حظيت بتفضيل الفقه ، و القضاء و كذلك القانون ، و تتميز هذه العبارة بدقة معناها فهي تشير إلى كل شرط مضاف إلى العقد أو التصرف القانوني الصادر من جانب واحد ، و تشمل توقع الحادث الذي يستتبع توقيع العقوبة و تحديدها .

كان مفهومه عنه , فالأثر النفسي لا يتغير , إذ المدين يعلم بالتهديد المعلق فوق رأسه في حالة عدم التنفيذ , فلا يهتم بمعرفة طبيعته الحقيقة , فهو يعلم بالتأكيد , وبالضبط ثمن تقصيره أن المبدأ الموجه له هو ضمان تنفيذه ' [1].

إن ارتباط الالتزام بفكرة احترام الكلمة أو التعهد أمر في غاية الأهمية للحفاظ على كيان العقد وليس أدل على هذا , العبارة التي رددها لوزايل –Loysel – :" كما تربط الثيران من قرونها يربط الإنسان من لسانه " [2].

و إن وجود الشرط الجزائي يشكل أداة ضغط على إرادة المدين , تحمله على التنفيذ العيني فتوقع تطبيق جزاء أيا كان طبيعته سيدفع بالمدين إلى المبادرة بالتنفيذ العيني لما التزم به , و بالتالي فهو يدرك أنه ليس في مأمن من المسئولية , و في بعض الحالات قد يتعذر التنفيذ العيني بخطأ المدين و بالتالي يتعذر معها قيام المسؤولية الشخصية , و من هنا ينحصر حق الدائن في التعويض , و بالتالي يقوم الشرط الجزائي في هذه الحالة بدور وقائي , بحيث أن التعويض متفق عليه مسبقا و بصفة جزافية وبهذا يكون لدوره التهديدي أكثر فعالية , و بالأخص في الحالة التي يمتنع فيها المدين عن التنفيذ العيني بسوء نية .

و لقد نص المشرع الجزائري على الشرط الجزائي في نص المادة 183 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على :" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق , و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 " , و تقابل هذه المادة في التشريع المصري نص المادة 223 من القانون المدني المصري و هي بنفس الصياغة [3].

و أما في التشريع الفرنسي , و الذي عرف من خلال المادة 1223 من القانون المدني الفرنسي الشرط الجزائي بأنه : " الشرط الذي بمقتضاه يتعهد شخص بالقيام بأمر معين في حالة عدم التنفيذ وذلك تأمينا لتنفيذ الاتفاق " [4].

و تلعب الإرادة دورا أساسيا و بارزا في مجال العقد , و لعل فكرة الشرط الجزئي من أبرز الصور التي تعبر عن إرادة الأطراف , و في الوقت الراهن فإذا كان يقر للقاضي سلطة في تعديل العقد وفق

---

(1) - voir Maruani , La clause pénale , thèse Paris , 1935 .

(2) - voir Loysel (A) , institutes coutumières , Tome 1 , livre 3 , Paris , 1946 , p 359 .

(3) – تنص المادة 223 من القانون المدني المصري على: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق و يراعى في هذه الحالة أحكام المواد 210 إلى 220 ".

(4) - voir l’article 1223 C.Civ Français : « la clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l’exécution d’une convention s’engage a quelque chose en cas d’inexécution ».

شروط و ظروف معينة فإن هذه السلطة هي كذلك مقيدة في مجال الشرط الجزائي , و بالتالي فإن القاضي لا يسعه أن يتدخل في إرادة الأطراف , إلا إذا كان هناك ما يبرر ذلك وفقا لمقتضيات ما ينص عليه القانون , أو تحقيقا لفكرة العدالة العقدية , فإذا كان الهدف من الشرط الجزائي كما يقول الفقيه "فيليب جيرباى" –Gerbay – :" يهدف إلى إيقاع العبء على أموال المدين بقصد الضغط على إرادته " [(1)].

و عليه لا يمكن تصور أن الشرط الجزائي , هو وسيلة للضغط على المدين و إرهاقه على التنفيذ دون أي أخذ للاعتبار , فالأمر ليس كذلك فهناك ضوابط و حدود لجعل الشرط الجزائي لا يخرج عن إطار وظيفته و هي الضمانة التي يحققها للتنفيذ العيني للعقد , و يقول في هذا الشأن "فلاكو بولس" : " إن المتعاقدين عندما يدرجان البند الجزائي في عقدهما – أو في اتفاق لاحق – لا يهدفان إلى أكثر من ضمان تنفيذ العقد , فهما في الحقيقة لم يقصدا وزن مقدار التعويض بالضرر , ذلك أنهما لم يأخذا في الحسبان , و من حيث المبدأ , مقدار الضرر الحقيقي بل انصرفت إرادتهما إلى طمأنينة المتعاقد الذي يخشى عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه , إلى أنه سيقوم بهذا التنفيذ , في ظل الظروف الاقتصادية التي العقد و الوضع الاقتصادي للمتعاقدين " [(2)].

و مما تقدم يعتبر الشرط الجزائي من الوسائل غير المباشرة للتنفيذ العيني , فهو وسيلة خاصة يتبناها الأطراف و يضمنان بها التنفيذ الحسن للتنفيذ , فهو يؤدي نفس الدور الذي تؤديه الغرامة التهديدية و لكن بشكل آخر و بطريقة متميزة نوعا ما .

و في إطار دراستنا ضمن هذا المحور للوسائل غير المباشرة للتنفيذ العيني , سنتطرق إلى تحديد ماهية هذا الشرط , من خلال تعريفه و تحديد خصائصه و شروطه في **المطلب الأول** و بعدها سنتولى دراسة الدور التهديدي للشرط الجزائي و العلاقات القانونية التي يشملها في **المطلب الثاني** و في الأخير سنتطرق إلى سلطة القاضي في الزيادة أو النقصان في مقدار الشرط الجزائي في **المطلب الثالث** و بطبيعة الحال تكون هذه الدراسة وفق التشريعات الثلاث محل المقارنة .

---

(1) – راجع د/ عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 473.

(2) – راجع د / محمد شتا أبو سعد ، التعويض القضائي و الشرط الجزائي و الفوائد القانونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، طبعة 2001 ، ص 26 .

# المطلب الأول

# ماهية الشرط الجزائي

لقد شاع استعمال الشرط الجزائي في وقتنا الحاضر , لاسيما في مجال المعاملات المدنية والتجارية فقد أصبح وسيلة تحقق نوعا من الأمان للمتعاقدان , و بالتالي نجد الشرط الجزائي في العديد من العقود فنجده على سبيل المثال في عقد البيع , إذ يضمن من ورائه البائع قيام المشتري بدفع الثمن , و يضمن كذلك المشتري قيام البائع بتسليم الشيء المبيع , و يظهر الشرط الجزائي في عقود أخرى كعقد البيع بالإيجار , و عقود تقديم الخدمات و عقود العمل , فهو يتواجد عموما في العقود المتراخية في الزمن(1) .

و على عكس الغرامة التهديدية التي هي نظام حديث من ابتداع القضاء الفرنسي , فإن الشرط الجزائي نظام قديم , عرفه الرومان , و إن غلب عندهم طابع الجزاء على طابع التعويض , ثم انتقل من بعدها إلى القانون الفرنسي و القوانين التي سارت على نهجه , كما نشير و للأمانة أن الفقه الإسلامي قد ضبط أحكام الشرط الجزائي (2).

و يظل اسم الشرط الجزائي ( و هو الاسم التاريخي لهذه المعاملة حيث كان القانون الروماني يطلق عليه هذه التسمية ) , بل إن من يعنون بالتعويض الإتفاقي و غيره من التسميات , فإنه في الغالب يقرنه بمصطلح الشرط الجزائي , و تسمية الشرط الجزائي أدل على الإلزام الذي تتميز به هذه المعاملة وعلى العموم فلا أثر في القانون للاختلاف في التسمية على استحقاق الشرط الجزائي فيصح بأي عبارة أو لفظ .

و لقد قرر القانون المدني الجزائري في هذا المجال أنه يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدما في العقد أو اتفاق لاحق , و في حالة عدم تقديره من طرف المتعاقدان أو بمقتضى نص في القانون , فيجوز أن تقدره المحكمة .

---

(1) – راجع د / محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 63 .

(2) – لم يرد مصطلح الشرط الجزائي في كتب الفقهاء الإسلاميين القدامى ، إلا أن الفقهاء المحدثين اتفقوا على صحته في حالة عدم تنفيذ الالتزام ، لكنهم اختلفوا في حكمه في حالة التأخر في التنفيذ ، فذهب فريق إلى القول بصحة التعويض الإتفاقي مطلقا أي في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه ، و بينما ذهب فريق أخر إلى أنه لا يجوز التعويض جراء التأخر في تنفيذ الالتزام ، و للتفصيل أكثر راجع د / حسنى محمد جاد الرب ، التعويض الإتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوصفي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، طبعة 2006 ، ص 40 .

و لقد أجازت معظم تشريعات الدول الشرط الجزائي , و قلة منها تبطله , كما أن أغلب التشريعات تجيز للقضاء مراقبة مقدار الشرط و إعادة تقدير الجزاء ليكون مناسبا للضرر الذي يحدث من جراء الإخلال بالالتزامات الواردة في العقد , و يشترط القانون ( الجزائري , المصري و الفرنسي ) لاستحقاق التعويض في حالة النص على الشرط الجزائي في العقد , أن تتوافر شروط المسؤولية التقصيرية من خطأ و ضرر و علاقة سببية بينهما [(1)].

و إذا تحقق الضرر فللقضاء بناءا على طلب المدين أن يخفضه إذا أثبت أن التقدير مغالي فيه إلى حد كبير , و يكون تخفيض التعويض في هذه الحالة لجعله يتناسب مع الضرر بقدر الإمكان مما يعني إمكان تجاوز التعويض للضرر , و هي فائدة مؤكدة للشرط الجزائي .

و تجدر الإشارة إلى أن اتساع استعمال الشرط الجزائي في العقود ناتج عن المزايا التي يوفرها للمتعاقدين ، و يمكن حصر هذه المزايا في مزايا خاصة تتعلق بالمتعاقدين , و أخرى مزايا عامة يوفرها ومنه يمكننا حصر هذه المزايا فيما يلي :

**1 – المزايا الخاصة**

أ – يعطي الثقة للدائن المشترط بتنفيذ العقد , و عدم الإخلال به و حفظ حقوقه , و بوجود الشرط الجزائي يدرك المدين أنه في حالة عدم تنفيذه أو في حالة تأخره عن ذلك فهو ملزم بدفع ما يزيد عن التزامه الأصلي .

**ب** – يقلل الخصومات و المنازعات حول التعويض عن الأضرار اللاحقة بسبب الإخلال بالعقد , لأن الشرط يحدد باتفاق العاقدين مقدار التعويض المناسب للضرر المحتمل .

**ج** – يجنب المتعاقدان تحكم القضاء : فلجوء المتعاقدان إلى تحديد قيمة الشرط الجزائي يجنب المتعاقدان اللجوء إلى القضاء و طلب تقديره , و في هذا توفير للجهد و المال و الوقت , ذلك أن المتعاقدان أقدر على تقدير الضرر الذي حل بإحداهما نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر فيه .

---

(1) – نشير أن القانون الفرنسي يجيز إنقاص التعويض إن كان مبالغا فيه أو زيادته إن كان تافها ، و أما القانون البلجيكي فقد نص في القانون المدني على إمكانية زيادة الشرط الجزائي أو تخفيضه ، و أما القانون المدني الألماني فقد نصت المادة 343 منه أن قيمة الشرط الجزائي يمكن تخفيضها إلى الحد المعقول ، و أما القانونين الإنجليزي و الأمريكي فيفرقا بين التعويض المقدر جزافيا liquidated dammage و الشرط الجزائي penalty clause ، فالتعويض المقدر جزافا لا يجوز إنقاص أو زيادته فهو ملزم أما الشرط فغير ملزم ، و المحاكم الإنجليزية تحكم بأنه إذا كان التعويض الإتفاقي الجزافي مبالغ في تقديره إن كان زائدا زيادة كبيرة عن قيمة الضرر و غير المبني على تقدير مقبول ، فإنه يعتبر شرطا جزائيا و بالتالي يكون غير ملزم .

و أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد نصت عليه المادة 170 من القانون المدني العراقي , و المادة 302 من القانون المدني الكويتي و المادة 364 من القانون المدني الأردني ، و نشير أن جميع هذه المواد تتطابق مع نص المادة 224 من القانون المدني المصري.

**د** – يحقق التعويض الأمثل و المناسب للمشترط عند وقوع الضرر .

**2 – المزايا العامة**

أ – الإسهام في ازدهار المجتمع اقتصاديا , لأن طمأنينة الناس إلى التعاقد مع بعضهم بسبب الشرط الجزائي سيزيد من العقود التجارية , و بالتالي يحرك رؤوس الأموال و يزيد الإنتاج و التوظيف مما يساهم في انخفاض أثمان السلع و تقليل البطالة .

**ب** – يدعم تنفيذ خطط الدولة الزمنية لأنه يسهم في تنفيذ المشاريع العامة في وقتها .

**ج** – يقلل من اختلاف القضاة في تحديد قيمة التعويض عن الأضرار الناشئة من الإخلال بالالتزامات لأنه يعطي القاضي الأساس العام للتعويض و يخفف عن المحاكم الكثير من القضايا التي كانت ستشتغل بها .

و لم يعد يخلو أي عقد يتضمن قيمة اقتصادية في هذا العصر من شروط جزائية يتحملها المخل بالتزاماته , ذلك لأن الحاجة أصبحت ماسة و أسباب داعية إلى ذلك , و من أبرز الأسباب الداعية إلى الشروط الجزائية في العصر الحالي ما يلي :

أ – زيادة قيمة الزمن في العقود المعاصرة , فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المشروطة في الزمن المتفق عليه مضرا بالطرف الأخر في وقته و ماله أكثر مما مضى في الأزمنة المتقدمة .

**ب** – أصبحت القيمة المالية للمشاريع كبيرة جدا مما يضاعف الخسائر عند التأخر , أو الإخلال بالعقد حيث تكون الخسائر فادحة على المقاول مثلا الذي التزم بإنشاءات معينة في وقت محدد تطبق عليه غرامات لو تأخر عنه إذا أخل مورد المواد الخام بإمداده بها في الوقت المعين , وكم ستخسر الشركة المعطاة امتياز تنقيب مثلا إذا باشرت العمل إذا أخلت الدولة بالعقد إلى غير ذلك من الأمثلة.

**ج** – اتساع دائرة التجارة بين الأفراد , والدول حيث أصبحت العقود تتم بين أناس بعيدين لا يعرفون بعضهم بعضا مما يزيد الحاجة إلى وجود شروط جزائية تعطي المشترط طمأنينة إلى التزام الطرف الآخر بالعقد و أنه سيحصل على التعويض المناسب عند الإخلال.

**د** – ظهور عدد كبير من العقود والحقوق الجديدة كعقود الامتياز , و الاستصناع الحديثة , والنقل الجوي و البحري , و التوريد , و المقاولات , وغيرها مما يحتاج معه إلى تضمين العقود شروطا جزائية .

**و** – أن المطلب أصبح صفة كثير من الناس بحيث لم يعد المتعاقدان يطمئنان إلى بعضهم بدون الشرط الجزائي.

و مما سبق ذكره نخلص إن الشرط الجزائي أصبح يفرض نفسه في مجالات شتى , وفي عقود مختلفة وأصبح يمثل ضمانا هاما لتنفيذ الالتزامات , و من هنا تبرز الضرورة الملحة , لأن نستعرض مختلف النقاط المتعلقة بالشرط الجزائي , و على هذا الأساس سنتطرق في **الفرع الأول** من هذا المطلب إلى تعريف الشرط الجزائي , و في **الفرع الثاني** إلى خصائصه , أما **الفرع الثالث** فسنتطرق فيه لشروط إعمال هذا الشرط .

## الفرع الأول
## تعريف الشرط الجزائي

يهدف الشرط الجزائي بصفة أصلية إلى تقدير التعويض المستحق لأحد طرفي العقد عن الأضرار التي تنتج عن مخالفة الطرف الأخر لالتزامه , الذي اقترن به الشرط الجزائي , و تتحقق هذه الوظيفة التعويضية للشرط الجزائي في الحالة التي يتناسب فيها المقدار الذي حدد به مع حقيقة الأضرار التي تترتب على الإخلال بالالتزام الأصلي .

و أعطيت **للشرط الجزائي** تعريفات مختلفة , يمكننا ذكر البعض منها **:**" هو بند عقدي , يدرجه المتعاقدان في عقدهما أو في اتفاق لاحق , لضمان احترام العقد و كفالة تنفيذه , بحيث أنه إذا أخل المتعاقد بالتزامه أدى مبلغا معينا للمتعاقد الأخر , فهو في الحقيقة تعويض اتفاقي " [(1)].

و يعرف كذلك : " الاتفاق مقدما على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين مستقبلا بالتزامه , سواء كان هذا الإخلال عدم التنفيذ أو التأخر فيه , فالشرط الجزائي تقدير اتفاقي على التعويض بنوعيه " [(2)].

و يعرف الأستاذ الدكتور جمال زكي الشرط الجزائي : " هو تقدير اتفاقي للتعويض , أي تقدير جزافي يقدر به الطرفان مقدما التعويض الذي يستحق لأحدهما عن الضرر الذي يلحقه نتيجة خطأ يقترفه الآخر , و يعتبر اتفاقا يتعلق بالمسؤولية , ويفترض من ثم توافر جميع عناصرها , لأنه لا يعدو أن يكون

---

(1) – راجع د / محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 63 .
– راجع د / سمير عبد السيد تناغو ، أحكام الالتزام و الإثبات ، مكتبة الوفاء القانونية ، طبعة 2009 ، ص 249 .
– د / محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام – دار الجامعة الجديدة ، طبعة 2006 ، ص 71 .
(2) – راجع د / محمد صبري السعدى ، المرجع السابق ، ص 77 .

استبدالا بالتقديـر القضائــي للتعويض , تقديـرا اتفاقيـا لـه , لا يترتب عليه أدنى تغيير في طبيعته القانونية " [1].

و يعرفه الأستاذ " توليه Toullier ": ' بأنه الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخره في تنفيذه ' , و أما الأستاذ "قيو" –Guiho– فيعرفه بأنه اتفاق تبعي لاتفاق تبعي للاتفاق بمقتضاه يتفق الأطراف على مبلغ من النقود يدفعه المدين في حالة عدم التنفيذ " [2].

و لقد عبر الفقهاء عن **الطبيعة القانونية للشرط الجزائي** , بأنه وسيلة فنية أفرزتها الحياة القضائية لتعزيز فاعلية الالتزامات الاتفاقية , و ضمان تنفيذ هذه الالتزامات بصورة مؤكدة دون الاكتفاء بمجرد التهديد , و بهذا يكون الشط الجزائي أداة للتيقن من أن الالتزامات سيتم تنفيذها وفقا للمجرى العادي للأمور , و دون أي تخوف من أية عوارض طارئة , و عليه لكي يعتبر الاتفاق شرطا جزائيا , لابد أن يبرم قبل الإخلال بالتنفيذ , سواء كان هذا الاتفاق واردا في العقد , أو في اتفاق لاحق , أما إذا تم الاتفاق بعد وقوع الضرر , فإننا لا نكون بصدد شرط جزائي , بل تصالح , و تطبيق الأحكام الخاصة بالصلح لا قواعد الشرط الجزائي [3].

كما قد يتمثل الشرط في مبلغ غير النقود , لأنه ليس ثمة ما يمنع ذلك , و بالتالي يمكن أن يكون التعويض المتفق عليه سلفا في مبلغ نقدي , أو في عمل أو امتناع عن عمل أيا كان , و قد يكون تقصيرا لميعاد أو تغييرا لمكان تنفيذ الالتزام , كأن يتم الاتفاق على تأجير أرض زراعية , و أن تسلم الأرض خالية من الزراعة , على أنه في حالة التأخير و كانت الزراعة قائمة فإنها تؤول للمؤجر كتعويض عن التأخير [4].

و على اعتبار أن الشرط الجزائي التزام تبعي , فإنه يخضع لنفس أحكام الالتزام الأصلي , فإذا كان العقد المولد للالتزام الأصلي لا يستلزم الشكلية , فينصرف الأمر إلى الشرط الجزائي , و أما في حالة اشتراط الرسمية في العقد الأصلي كان الشرط الجزائي رسميا لأن الصفة التبعية تهيمن عليه .

و لقد تبنى التشريع الجزائري أحكام الشرط الجزائي في نص المادة 183 من القانون المدني الجزائري فنصت على :" يجوز للمتعاقدان أن يحددا مقدمـا قيمة التعويض بالنص عليهــا فـي العقد , أو في اتفاق

---

(1) – د / جمال الدين زكي ، المرجع السابق , ص 188 .

(2) – راجع نجاري عبد الله ، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية جامعة الجزائر ، سنة 1983 ، ص 09.

(3) – راجع د / محمد صبري السعدى ، المرجع السابق ، ص 77 .

(4) راجع د / محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 63 .

لاحق , و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 ", و تقابل هذه المادة في التشريع المصري نص المادة 223 , و هي متطابقة مع نص المادة 183 من القانون المدني [1].

و ما يمكن قوله أن كل من المشرع الجزائري و المشرع المصري لم يعرفا الشرط الجزائي , بل حددا الأحكام المتعلقة به , على عكس المشرع الفرنسي الذي أورد تعريفا للشرط الجزائي في نص المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي و التي تنص على :" الشرط الذي بمقتضاه يتعهد شخص بالقيام بأمر معين في حالة عدم التنفيذ , و ذلك تأمينا لتنفيذ الاتفاق ".

## الفرع الثاني

## خصائص الشرط الجزائي

قبل أن نتطرق إلى خصائص الشرط الجزائي , يجدر بنا أن نشير إلى بعض الخصائص التي قد تتشابه مع الشرط الجزائي , إلا أنه متميز عنها , و نبدأ بتمييز الشرط الجزائي عن بقية النظم القانونية المشابهة له , و لعل أبرز ما نظام يتقارب و يثير خلطا مع الشرط الجزائي هو العربون , فهذا الأخير هو جزاء مقابل العدول عن تنفيذ العقد , فهو يستحق بمجرد العدول سواء وقع الضرر أو لم يقع [2].

و لا حاجة لاستحقاق العربون توجيه إعذار إلى المدين , أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا أخل المدين بالتزامه , و تم إنذاره بصدد ذلك و وقع الضرر بالفعل , كما أن العربون لا يجوز تخفيضه أو زيادته على خلاف الشرط الجزائي الذي يكمن بتعديله من طرف القاضي , و في الأخير فإن العربون عبارة عن التزام بدلي , يجوز للمدين أن يتخلص من الالتزام الأصلي بدفعه للطرف الأخر , أما الشرط الجزائي فلا يمكنه اعتباره التزام بدلي و لا حتى التزام تخييري , فلا يجوز للمدين أن يدفعه بدلا من الالتزام الأصلي , مادام تنفيذ هذا الالتزام الأصلي ممكنا [3].

---

(1) – تنص المادة 223 من القانون المدني المصري على : " يجوز للمتعاقدان أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد , أو في اتفاق لاحق و يراعى في هذه المادة أحكام المواد 215 إلى 220 .

(2) – راجع د / أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ،أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، طبعة 2005 ، ص 177 و 178 .

– و راجع د / حسن علي الذنون و د / محمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الجزء لثاني ، أحكام الالتزام الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر ، بغداد ، طبعة 2004 ، ص 103 و 104 .

(3) – راجع د / محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 76 و 78 .

و دون أن ندخل في التفصيل , فيمكننا القول أن الشرط الجزائي له ذاتيته الخاصة , فهو يختلف عن العربون , كما يختلف أيضا عن عقد الصلح , أو فكرة التأمين , و إن كان في كليهما يستطيع الدائن أن يعلم مقدار التعويض الذي يحصل عليه عند عدم التنفيذ , إلا أنهما فكرتان مختلفتان تماما .

**و تتمثل خصائص الشرط الجزائي فيما يلي :**

**1** – **<u>الشرط الجزائي التزام تبعي</u>** : إن الشرط الجزائي لا ينشأ بصفة مستقلة , بالتبعية لالتزام أصلي وبالتالي فليس الشرط الجزائي مقصودا لذاته و لكنه وسيلة لغاية , و هي حمل المتعاقد الأخر على تنفيذ التزامه , و يترتب على هذه الخاصية ما يلي :

– أن بطلان الشرط الجزائي لا يترتب عليه بطلان الالتزام الأصلي [(1)].
– أن بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الشرط الجزائي .

و لا تعني الصفة التبعية للشرط الجزائي أنه التزام تخييري أو التزام بدلي , فالشرط الجزائي ليس التزاما تخييريا لأن محل الالتزام التخييري متعدد , و بالتالي يترتب على الوفاء بواحد من الالتزامات أن تبرأ ذمة المديــن , على عكس الشرط الجزائي فهو ليس التزام أصلي بذاته , فهو التزام تبعي لالتزام أخر و لا يوجد الشرط الجزائي إلا إذا تم الإخلال بالالتزام الأصلي , كما أنه ليس التزام بدلي , إذ لا يستطيع المدين أن يلزم الدائن بقبول الشرط الجزائي , كما هو الحال في الالتزام البدلي [(2)].

و في هذا الشأن يقول الفقيه الفرنسي " لوران " : يبرم الشرط الجزائي لضمان تنفيذ الالتزام الأصلي و لتعويض الدائن عن الضرر الذي يصيبه في حالة عدم قيام المدين بالتنفيذ , أو في حالة قيامه بالتنفيذ متأخرا , فهل المطلوب هو ضمان تنفيذ التزام باطل ؟ و كيف يكون المدين ملتزما بالتعويض لعدم تنفيذه التزاما لم يكن ملتزما بالتعويض لعدم تنفيذه التزاما لم يكن ملتزما به أصلا لأنه باطل " [(3)].

و أما الفقيه "السنهوري" فيقول في هذا الشأن :" إذا كان الالتزام الأصلي باطلا , كان الشرط الجزائي و هو التزام تابع باطلا كذلك , فإذا عقد الالتزام الأصلي غير ذي أهلية أو غير ذي صفة , أو تعهد شخص بارتكاب جريمة , و إلا دفع مبلغا معينـا كشرط جزائــي , كــان كل مـن الالتـزام الأصلي

---

(1) – راجع د / محمد حسنين منصور ، المرجع السابق ، ص 72 .
(2) – راجع د / حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو ، المرجع السابق ، ص105 و106 .
– راجع د/ محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 78 .
(3) - voir Laurent , Principes de droit français, Tome 17, édition 1978 , p 426 .

و الشرط الجزائي باطلا , و مثال ذلك أيضا أن يتعهد شخص بألا يطلق زوجته حتى لو خانت الأمانة الزوجية , و إلا دفع مبلغا معينا على سبيل التعويض لها , هذا الشرط الجزائي باطل , لأنه تابع لتعهد باطل لمخالفته للنظام العام و الآداب " (1).

**2** – **الشرط الجزائي تعويض قدره الطرفان** : لقد خول القانون الحق للمتعاقدان أن يحددا التعويض وبكل حرية , تحقيقا للوظيفة التعويضية للشرط الجزائي التي تساند فكرة الضمان العام (2).

و إذا كان الشرط الجزائي تعويضا اتفاقيا , فإن المدين هو الذي يتحمله , إذا توافرت شروطه من خطأ و ضرر و علاقة سببية بالإضافة إلى الإعذار , على اعتبار أن المدين لا يكون مخلا بالتزامه في التنفيذ إلا إذا تم توجيه الإعذار إليه , فإذا أخل المدين بالتزامه الذي تعهد به , كان عليه أن يقوم بأداء التعويض المتفق عليه باعتبار أن هذا التعويض هو جزاء المسؤولية .

و الشرط الجزائي ليس هو مصدر التعويض في حد ذاته , بل أن التعويض يستحق في حالة الإخلال بالالتزام الأصلي , و يترتب على هذا ما يلي :

– أن تقدير الشط الجزائي يتقيد بما يتقيد به التعويض بوجه عام.
– أن الشرط الجزائي يتقيد بما تتقيد به كـافة الاتفاقات و العقود مـن شروط الصحة و أسباب الانقضاء و البطلان .
– أن تقدير الشرط الجزائي يتحقق بتحقق شروط التعويض بوجه عام.

---

(1) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في القانون المدني ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 769 و ما يليها .

– و يقول الشيخ / محمد على التسخيري :" الغرض من الشرط الجزائي أن يكون ضمانا للناس على العقود التي يبرمونها أو ما يلتزمون أو يتعهدون به ضمن العقود التي أبرموها مخافة نكول أحدهم عما عقد عليه أو التزم أو تعهد به ، وعليه يكون الشرط الجزائي من حيث الصحة والنفوذ مرتبطا بذلك العقد أو الالتزام المُتفق عليه ؛ فان كان العقد أو الالتزام المتضمن للشرط الجزائي صحيحا من حيث الأمور المعتبرة في صحتهما ، كان الشرط الجزائي المُبتنى عليه نافذا ومُستحقا ، وإلا فسوف يكون الشرط الجزائي باطلا ببطلان أصله ؛ إذ ليس الشرط الجزائي إلا فرعا من ذلك العقد أو الالتزام ، وأن الفرع يتبع الأصل ، فإذا كان الأصل غير مُعتبر وغير ملزم بشيء للطرفين المتعاقدين ، كان الشرط الجزائي المُبتنى عليه غير مُعتبر قهرا وغير ملزم بشيء على المشروط عليه. وكذا يعتبر في صحة الشرط الجزائي ألا يكون مُستتبعا لأمر باطل ؛ كالربا ، والقمار ، وأكل المال بالباطل ، وإلا فيكون باطلا ، إذ ما يستلزم الباطل باطل. وعليه ، فالضابط العام في صحة الشرط الجزائي هو: ألا يكون مُبتنيا على أمر باطل ، ولا مُستتبعا لما هو باطل ، وأنه إذا كان كذلك ، صح ونفذ ووجب الوفاء به وجوبا تكليفيا شرعيا ؛ لما ذكر من أدلة وجوب الوفاء بالشرط وأن المسلمين عند شروطهم مُضافا إلى ما دل على وجوب الوفاء بالعقد بعد كون الشرط كجزء من العقد " , للتفصيل أكثر أنظر مقال للشيخ محمد على التسخيري حكم الشرط الجزائي المالي في البنوك اللاربوية ، منشور في مجلة فقه أهل البيت على شبكة الانترنيت على الموقع الإلكتروني التالي : http://www.shahrodi.com/magazines/Feqh35f/feqh3507.htm

(2) – راجع د / محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 85-86 .
– و راجع د / حسن علي الذنون و محمد سعيد الرحو ، المرجع السابق ، ص 105 و 106 .

– أن الشرط الجزائي هو نظام للتقدير الإتفاقي للتعويض .

و يبدو أن فكرة الشرط الجزائي اقترن في بداية ظهورها بفكرة العقاب عند الرومان , فكان الرومان ينظرون إلى المتعهد الذي لم يقم بالوفاء بالتزامه كمجرم , و كانت الغاية من الشرط الجزائي– stipulatio poena – ليس التعويض , و إنما قمع الجرم الذي اقترفه المدين من جراء عدم التنفيذ و بالتالي فكانت كلمة –poena– تتعلق بفكرة العقاب .

**3 - <u>الصفة الجزائية للشرط الجزائي</u>** : لاشك في أن الصفة العقابية للشرط الجزائي , لم تنتقل إلى القوانين الحديثة و لكن لم تخلو هذه القوانين من تقاليد القانون الروماني , فقد ورث القانون المدني الفرنسي هذا الأمر , حيث لم يكن يسمح للقاضي حق إعادة النظر في الشرط الجزائي , و قد تأثر الفقه الفرنسي مثل الفقيه" آزون" –Azon – بهذا الاتجاه , حيث رأى هذا الفقيه أن طبيعة الشرط الجزائي كمبلغ جزافي أو مقطوع أو متفق عليه تقتضي عدم إعادة النظر فيه زيادة أو نقصا [(1)].

و لكن هذا الاتجاه المغالى فيه بدأ الحياد عنه , و من أوائل الفقهاء الذين نادوا بالعدول عن هذا الاتجاه , الفقيه "ديمولان" , حيث سلم بإمكانية قيام القاضي بتخفيف الجزاء المخالف المغالى فيه , و قد أيد الفقيه "بواتييه" هذا الاتجاه فيما بعد , فقد ساند هذا الفقيه التقنين المدني في رفض فكرة تعديل الشرط الجزائي بقوله :" إنه إذا كان من شأن سلب القاضي سلطة تخفيف الجزاء الإتفاقي , أن يؤدي في حالات خاصة إلى المساس بقواعد العدالة إلا أن له فوائد عديدة , تكمن في الحد من كثرة الدعاوى و إضفاء مزيد من الإلزام و القوة على العقود , بمنأى عن تربص أحد المتعاقدين بالآخر , من خلال طمعه في انتزاع ما لا يستحقه , أو استصدار عطف القضاة على نحو مخالف للعقد الذي هو قانون المتعاقدين " [(2)].

و لقد تبنى القانون المدني الجزائري , على غرار القانون المدني الفرنسي و القانون المدني المصري هذا المبدأ , إذ يحق للقاضي إعادة النظر في الشرط الجزائي , و لاشك في أن هذا لا يخلع عنه طابع الجزاء و دور التهديد , و بالتالي تكون وظيفة الشرط الجزائي محددة , هي ضمان تنفيذ الالتزام أو جبر الضرر بطريقة عادلة [(3)].

---

(1) – راجع د / محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 94 .

(2) – لقد أبدى الفقيه بوتييه استحسانه لفكرة ديمولان بقوله : " يبدو أن رأي ديمولان أدى إلى تحقيق العدالة ، ذلك أنه عندما يستسلم المدين لجزاء مغالي فيه عند قيامه بتنفيذ التزامه الأصلي ، فإن ذلك لا يكون مقبولا إلا بافتراض أنه كان يعتقد أنه يخلف وعده ...... و مادام الأمر كذلك فإنه يكون قد تصور خلاف الحقيقة ، و من ثم لا يكون استسلامه أو إذعانه قائما على أساس صحيح , و من ثم يلزم تخفيض الجزاء المفرط إلى الحد المعقول ، أي الذي يوازي قيمة الضرر الحقيقي الذي حل بالدائن من جراء عدم تنفيذ التزامه الأصلي ".

(3) – راجع الفقرة الثانية من المادة 184 من القانون المدني الجزائري .

# الفرع الثالث
# شروط إعمال الشرط الجزائي

الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض , يستحقه الدائن متى أخل المدين بتنفيذ التزاماته وعليه فهو بطبيعته اتفاق من اتفاقات المسؤولية , و بالتالي فيشترط لإعمال الشرط الجزائي توافر عناصر المسؤولية في مواجهة المدين , و هي الخطأ و الضرر و العلاقة السببية , و يشترط كذلك أن يتم إعذار المدين لتنفيذ التزامه (1) :

**1 – <u>شرط الخطأ</u> :** يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي أن يكون هناك خطأ من المدين , و الغالب أن يكون هذا الخطأ عقديا من المدين , و يتمثل الخطأ في مجال الشرط الجزائي , في عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في التنفيذ , و يعتبر الخطأ ركنا جوهريا لاستحقاق الشرط الجزائي , و لقد قسم الفقهاء بصدد الخطأ العقدي إلى نوعين من الالتزامات , و هي التزامات بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية فالنوع الأول هو الالتزام الذي لا يتم تنفيذه إلا بالوصول إلى النتيجة المرجوة , و إلا بقي الالتزام غير منفذ , و الشرط الجزائي الذي يضمن مثل هذه الالتزامات يستحق ما دام أن النتيجة لم تتحقق , أما النوع الثاني , و هو الالتزام ببذل عناية , فهو الالتزام الذي يجب تنفيذه ببذل عناية معينة قد يتم تحديدها من طرف المتعاقدان أو أن تحدد قانونا , و يستحق الشرط الجزائي في مثل هذه الحالات طالما لم يبذل المدين العناية المطلوبة منه , و هكذا يكون الخطأ مبنيا على أساس موضوعي قوامه الاعتداد بواقعة مادية بحتة و هي عدم تنفيذ الالتزام , و يتحقق هذا بتوافر خاصيتان و هما :

– يجب أن يكون عدم التنفيذ نهائيا .
– يجب أن يكون عدم التنفيذ كليا .

و فيما يتعلق بإثبات الخطأ فعلى خلاف المبدأ الأساسي في نظرية الإثبات , و التي تقضي بأن البينة على من ادعى , و اليمين على من أنكر , فإنه في مجال الشرط الجزائي فلا مجال لإعمال هذا المبدأ فقرينة خطأ المدين و المتمثلة في عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه قائمة , و لا مجال لتحميل الدائن إثبات هذا الأمر , فيفترض الخطأ في جانب المدين و لكي يتخلص المدين من تحمل التعويض يجب عليه إثبات عدم وقوع الضرر , و هذا وفقا لما نصت عليه المادة 184 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري بنصها : " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه

(1) – راجع د / سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 250 .
– و راجع د / أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 175 .

أي ضرر " , و تقابل هذه المادة في التشريع المصري نص المادة 224 , أما المشرع الفرنسي لم يتضمن حكما مماثلا , و بالتالي فحسب رأيينا فيجب إعمال القواعد العامة في نفي الخطأ .

**2 – الضرر** : يشترط كل من القانون المدني الجزائري , و القانون المدني المصري لاستحقاق الشرط الجزائي تحقق الضرر و هذا وفقا لنص المادة 184 من القانون المدني الجزائري , و المادة 224 من القانون المدني المصري , و لعل هذا الأمر لا يكون في صالح الدائن , إذا أثبت المدين أنه لم يلحق أي ضرر للدائن رغم تقصير هذا الأخير في تنفيذ التزامه , و حسب رأينا أنه كان من الأجدر على المشرع الجزائري أن يقرن الشرط الجزائي بتقصير المدين في تنفيذ التزامه , لأن دور الشرط الجزائي هو حث المدين على التنفيذ , و ليس التعويض في حد ذاته , لأن هناك حق آخر يطلبه الدائن و هو التعويض عن عدم التنفيذ العيني , و نرى أن التشريع الفرنسي حسن ما فعل حينما قرر في نص المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي , استحقاق تعويض الشرط الجزائي متى لم يقم المدين بالتنفيذ العيني لالتزامه حتى و لو لم يلحق الدائن أي ضرر من عدم التنفيذ , على أساس أن المتعاقدان قد اتفقا على أن الدائن يلحقه دائما ضرر من عدم التنفيذ , و قاما في نفس الوقت بتقدير قيمة الضرر [(1)].

و يذهب البعض في سبيل تبرير موقف المشرع المصري , و معه المشرع الجزائري في اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي , أن الفائدة تعود على الدائن ذلك أن الشرط الجزائي يقلب عبئ الإثبات فبغير الشرط الجزائي يكون على الدائن أن يثبت مقدار الضرر الذي لحقه , أما مع وجود الشرط الجزائي فإن الضرر يكون مفترضا و ينتقل إلى المدين عبئ إثبات انعدام الضرر [(2)].

و نحن بدورنا لا نميل إلى تقبل هذا التبرير , فاشتراط الضرر أمر قد يؤدي بالمدين سيئ النية أن يستغل هذا الأمر , و يرفض التنفيذ عالما بأن الدائن لم يلحقه أي ضرر من جراء عدم التنفيذ , وبالتالي يتخلص من دفع قيمة التعويض الإستحقاقي [(3)].

و أخيرا يجب أن يكون هذا الضرر محققا و مباشرا و متوقعا , و ذلك طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية .

---

(1) – راجع د / سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 250 .

(2) – راجع د / محمد حسنين منصور ، المرجع السابق ، ص 70 .

(3) – يرجع اشتراط وجوب وقوع الضرر من عدمه إلى السياسة التشريعية في كل دولة , فالنسبة للتشريعات المتشبعة بالروح الفردية إلى عدم اشتراط الضرر ، فيكفي أن المدين يتخلف عن تنفيذ التزامه باستحقاق الشرط الجزائي ، أما بالنسبة للتشريعات بالروح الجماعية – الإشتركية فيشترط تحقق شرط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، و لعل التشريع الجزائري ، و التشريع المصري و بعض التشريعات العربية تتجه إلى الأخذ بهذا الاتجاه .

3 – **<u>العلاقة السببية</u>** : تعتبر العلاقة السببية الرباط الذي يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية و تحققها وبالتالي فإذا كان الضرر ناتج لسبب أجنبي أو قوة قاهرة فلا مجال لاستحقاق الشرط الجزائي , أو انتفت المسؤولية بأن كان الضرر غير مباشر , أو كان في المسؤولية العقدية مباشرا و لكنه غير متوقع فعند ذلك لا تتحقق و لا يستحق التعويض , فلا محل إذن لإعمال الشط الجزائي , إلا إذا قصد منه تحميل المدين تبعة الحادث المفاجئ , فيكون الاتفاق في هذه الحالة صحيحا , إذا كان القصد منه هو تشديد المسؤولية على المدين (1).

4 – **<u>الإعذار</u>** : بالإضافة إلى وجوب توافر أركان المسؤولية , يجب أن يقوم الدائن بإعذار المدين في كل الأحوال التي يكون فيها الإعذار واجبا , فالشرط ما هو إلا تقدير للتعويض , و الإعذار شرط لازم لاستحقاق التعويض بصفة عامة , و الاتفاق على الشرط الجزائي لا يعني بذاته الإعفاء من الإعذار و لا يعتبر وجود هذا الشرط اتفاقا صريحا أو ضمنيا على إعفاء الدائن من إعذار المدين وهذه الحالات ترجع إما إلى الاتفاق , و إما إلى القانون أو طبيعة الأشياء

و قد سبق لنا التطرق إلى أحكام الإعذار , و ذلك من خلال تبيين الشروط الشكلية والموضوعية للإعذار , بالإضافة إلى الآثار المترتبة عنه (2).

و نشير في هذا الصدد إلى موقف القضاء الجزائري في هذه المسألة , حيث أنه بالرجوع إلى الحكم الصادر عن محكمة البليدة تحت رقم 71/00 الصادر بتاريخ 2000.02.19 و قد جاء في حيثيات الحكم : " حيث أن الإعذار هو قيد للدعوى من شأنه أن يعطي فرصة للطرفين لتسوية النزاع وديا دون اللجوء إلى القضاء .

– حيث أن الإعذار هو أمر وجوبي يقتضي على الدائن توجيهه قبل المطالبة القضائية .
– حيث ثبت للمحكمة أن المدعية لم تقدم ما يفيد أنها قد أعذرت المدعي عليه من أجل تسديد المبلغ المتبقي في ذمته.

– حيث أنه و الحالة هذه ينبغي أن تقضي بعدم قبول الدعوى شكلا (3).

---

(1) – راجع د / أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 172 .
(2) – راجع أحكام الإعذار ضمن هذه الدراسة ، الفرع الأول تحت عنوان الشروط الموضوعية و الشكلية للإعذار ، ص 63 .
(3) – راجع عمر بن سعيد ، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني ، دار الهدى ، الجزائر , طبعة 2004 ، ص 60 .

و أما موقف المحكمة العليا في هذا الشأن , فقد صدر قرار عنها تحت رقم 141951 بتاريخ 1997.03.12 , و مما جاء في حيثيات القرار :" ..... و بشأن طلب تسديد ثمن إيجار الشاحنة الثانية فإن هؤلاء القضاة احترموا مقتضيات المادتين 179–180 من القانون المدني , و التي تجعل بصفة آمرة استحقاق التعويض لصالح الدائن إلا بعد إعذار المدين فضلا عن كون أن العقد المبرم بين الطرفين لا ينص على إعفاء الدائن من القيام بهذا الإجراء , بل لا ينظر أصلا لهذه النقطة , فيستنتج اذا من ذلك أن الفرع الثاني من الوجه الأول , و كذا الوجه الثاني غير سديدين أيضا مما ينبغي رفض الطعن " [(1)].

# المطلب الثاني

# الدور التهديدي للشرط الجزائي

يحمل الشرط الجزائي في القانون المعاصر طابع العقوبة , ويتمثل الطابع العقابي في ذلك الجزاء الذي يتهدد المدين المخل بالتزامه , الأمر الذي يدفعه إلى احترام الجزاء الذي يدفعه إلى احترام الجزاء الذي تعهد به , و الوفاء بما التزم به , و بالتالي يضفي الشرط الجزائي قدرا من التأمين و الضمان بالنسبة للدائن , و بالتالي فإن الصفة الجزائية العقابية تظهر من وجهة نظر المدين , أما الصفة التأمينية الضمانية تظهر من جانب الدائن .

و تكون للشرط الجزائي صفة العقوبة أو الجزاء الخاص , إذا زادت قيمة التعويض المتفق عليه عن الضرر , و في مثل هذه الحالات يتدخل القاضي ليعدل من قيمة التعويض , و يرجع الأمور إلى نصابها ذلك أن الصفة الجزائية للشرط الجزائي يجب أن تظل صفة استثنائية , يمكن معها تجاوز الجزاء المحدود و عدم إعادة النظر فيه دون التعويض المغالي فيه , و الذي ينم عن ظلم واضح بالمدين , بل قد يكشف عن أنه مجرد تهديد مالي لا شرط جزائي [(2)].

و تجدر الإشارة إلى أن تحديد طبيعة الشرط الجزائي و تكييفه مسألة تفرق حولها الفقهاء , فمنهم من أخذ بنظرية العقوبة التي تعود جذورها إلى القانون الروماني , الذين كانوا يعتبرون الشرط الجزائي كعقوبة حيث كان يفرض على المدين في حالة عدم التنفيذ الجزئي دفع الجزاء بالكامل .

---

(1) – راجع عمر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 61 .

(2) – راجع د / محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 95 .

– و راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 473 و ما يليها .

إن مفهوم العقوبة الخاصة قديم قدم الإنسانية و لقد كان مرتبطا بفكرة الثأر و القصاص , و قد كان مكرسا في أغلب القوانين القديمة , حيث كان الشرط الجزائي عقوبة خاصة , هدفه ضمان تنفيذ الالتزامات التي لم يكن آنذاك يعترف لها بالقوة الإلزامية (1).

ولقد اعتنق جانب من الفقه الفرنسي هذه النظرية , و لعل أبرز هؤلاء الفقيه –مازو– , و يقول في هذا الشأن الفقيه "لومبيار" :" الشرط الجزائي كعقوبة لجريمة مدنية , يحقق للمتعاقدين الضمان و الأمان " و أما الأستاذ "ميتو" فيرى :" أن الشرط الجزائي جزء يذكر بالعقوبة " , و يؤكد الأستاذ "ديموج" هذا الرأي بقوله :' أن الوظيفة العقابية للشرط الجزائي هي التي تعطيه أهميته و أصالته , و تميزه عن نظرية التعويض ", أما الفقيه "بلانيول" فيري أن الشرط الجزائي :" هو الذي حدد الوظيفة العقابية للشرط الجزائي تتوقف على المبلغ المتفق عليه عما إذا كان مرتفعا أو تافها , و الوظيفة العقابية يقصد بها الضغط و التهديد الذي يحدث المبلغ المرتفع في روح المدين و يدعه إلى تنفيذ التزامه عينيا (2).

إن هذه النظرية لم يكتب لها الصمود , إذ سرعان ما انهارت تحت وقع الانتقادات , ذلك أن الشرط الجزائي مبني على حرية الإرادة , و بالتالي لا يمكن أن تضفى على هذه الحرية صفة العقوبة , وعليه فإضفاء الوصف العقابي فيه تشويه للطبيعة الحقيقية للشرط الجزائي

و إذا رجعنا إلى وظيفة المسؤولية المدنية ( تقصيرية –عقدية ) , فهي تهدف إلى تعويض المضرور بقدر ما أصابه من ضرر من جراء فعل المسئول , و أما بالنسبة لعقاب المسئول عما اقترفت يداه بهدف ردع غيره في المستقبل عن اقتراف مثل هذا السلوك , و هذه الوظيفة تضطلع بها المسؤولية الجنائية دون غيرها , و من ثم فليس للمسؤولية المدنية وظيفة عقابية أو رادعة (3).

و يؤدي تقارب بعض النظم القانونية و تشابهها في كثير من الأحيان إلى الخلط بينها , و لأجل هذا وضع الفقهاء في شأن التفرقة بين العقوبة و التعويض معيارين هما :

---

(1) – راجع الموقع الإلكتروني التالي : http://www.egyptiantalks.org/invb/index.php?showtopic=51894

(2) – أنظر د / بن تومي ، الشرط الجزائي في العقود التجارية الدولية ، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي : http://www.4shared.com/office/sZQl0vrB/.html

(3) – تذهب المدرسة الأنجلوسكسونية إلى اعتبار أن المسئولية المدنية بالإضافة إلى وظيفتها التعويضية ، وظيفة عقابية و ذلك من خلال النظام المسمى بنظام التعويض العقابي أو الرادع ، و الذي يستهدف عقاب المسئول و ردعه و ردع غيره في المستقبل عن العودة لما ارتكبه في المستقبل .

أ- **<u>المعيار الموضوعي</u>** : يستند هذا المعيار على المبلغ المفروض على المدين دفعه , فإذا كان المبلغ الواجب دفعه للمتضرر يفوق قيمة الأضرار الواقعة فعلا , فلا نكون بصدد تعويض و إنما بصدد عقوبة على اعتبار أن مبلغ التعويض عادة ما يكون مساويا للأضرار الفعلية التي لحقت الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في ذلك .

ب- **<u>المعيار الذاتي</u>** : يستند هذا المعيار على عنصر الخطأ , فعلى قدر خطأ المدين تتم معاقبته , أما التعويض فإن معيار تحديد التعويض فيه يكون بنسبة الشرر الذي لحق بالدائن من خسارة و كسب فائت.

و يذهب جانب آخر من الفقهاء إلى اعتبار الشرط الجزائي تعويض , و بالرجوع إلى نص المادة 416 من مجلة الأحكـام العدلية العثمانية بأنه :" الضمان هو إعطــاء مثل الشيء إن كان من المثليات و قيمته إن كان من القيميات" , و هو بالتالي ما يلتزم به المسئول مدنيا قبل من أصابه الضرر .

و قد اعتبر العديد من الفقهاء الشرط الجزائي تقديرا مسبقا و جزافيا يتفق عليه المتعاقدان كتعويض عن الأضرار المحتملة من عدم التنفيذ أو التأخير فيه , و قد اختلف هذا الفريق حول طبيعة التعويض فمنهم من اعتبره تعويض جزافي , و منهم من يرى أنه تقدير مسبق للتعويض .

و أمام تضارب هذه الآراء , ظهر فريق آخر يدعوا إلى اتجاه آخر حيث يرى أن الشرط الجزائي ذو طبيعة مختلطة ( مركبة ) , حيث يرون أن للشرط الجزائي هدفان , أولهما تهديد المدين وتحذيره مغبة الإخلال أو التقصير في التزامه , و ثانيهما تعويض الدائن عن الأضرار المحتملة من عدم التنفيذ أو التأخير فيه , و بناءا على ذلك اعتبروا أن هذا الشرط "عقوبة تعويضية' , و يرى الفقيه "كاربونييه" في هذا الأمر : ' أن للشرط الجزائي طبيعة مزدوجة بناء على مقداره , فإذا كان المبلغ المتفق عليه أقل قيمة من الأضرار المترتبة عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه , يعد هذا الشرط بمثابة الإعفاء من قيمة الأضرار المترتبة عن عدم التأخير فيه , يعد هذا الشرط بمثابة الإعفاء الجزئي من المسؤولية , أما إذا كان مساويا مع قيمة هذه الأضرار يعد تعويضا في حين إذا فاق المبلغ المتفق عليه نسبة الأضرار يمكن تكييفه كعقوبة خاصة ".

و في خضم هذه النظريات حري بنا أن نعرف اتجاه المشرع الجزائري من هذه النظريات و ذلك بالرجوع إلى نص المادة 184 من القانون المدني الجزائري [1].

---

(1) - تنص المادة 184 من القانون المدني الجزائري على :" لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر '.

و نرى أن المشرع الجزائري أضفى على الشرط الجزائي طابع التعويض , متجاهلا بهذا الفكرة العقابية بدليل أنه اشترط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي , و هو نفس اتجاه المشرع المصري في نص المادة 223 و224 و225 من القانون المدني المصري [1].

و هذا على عكس التشريع الفرنسي الذي تأثر بالقانون الروماني , فقد ذهب إلى اعتبار الشرط الجزائي عقوبة تسلط على المدين في حالة تخلفه عن التنفيذ .

و عليه , و بعدما تناولنا الطبيعة التهديدية للشرط الجزائي , سنحاول التطرق إلى مجال إعمال هذا الشرط في الفروع التالية :

## الفرع الأول
## إعمال الشرط الجزائي في المجال التعاقدي

يجمع الفقهاء أن المجال التعاقدي هو الميدان الخصب لإعمال الشرط الجزائي , و لعل الفوائد التي يوفرها للمتعاقدان جعلا منه يعرف انتشار في مختلف مجالات العقود , فهو لم يعد يقتصر على العقود المدنية بل تعداه إلى العقود التجارية و الإدارية , و حتى في عقود التجارة الدولية المندرجة في إطار قوانين التجارة الدولية [2].

و تتعدد العقود التي يدرج فيها الشرط الجزائي , و نحن في هذا الصدد لن نقوم بإجراء تعداد حصري لهذه العقود , فهذا لن يجدي نفعا , و لكننا سنحاول التطرق إلى أنواع معينة منها باعتبارها تنتمي إلى طائفة معينة , أو لأنها تطرح إشكالات قانونية معينة , و حتى في ذكرنا لهذه العقود فإننا سنختار أهم هذه العقود , و بالتالي سنتطرق إلى إعمال الشرط الجزائي في عقود العمل وعقود الإيجار , العقود الإدارية , بالإضافة إلى عقود النقل البحري .

**1– <u>إعمال الشرط الجزائي في عقود العمل</u> :** تعتبر عقود الإيجار ميدانا خصبا لإدراج الشرط الجزائي فقد جرت العادة على إدراج الشرط الجزائي في عقود العمل محددة المدة , و يهدف من وراء هذا الشرط ضمان عـــدم إنهاء العقد من أحد المتعاقدان , و يتمثل الشرط الجزائي في هذا المجال على أنه إذا أنهى

---

(1) – تنص المادة 224 من القانون المدني المصري على :' لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقا إذا ما أثبت أن المدين لم يلحقه أي ضرر '.

(2) – راجع د / بن تومي ، المرجع السابق ، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي : http://www.alexalaw.com/t8087-topic

العامل خلال تلك المدة علاقة العمل قبل أن تنقضي المدة المحددة في العقد كليا , فإنه يلزم بدفع مبلغ جزافي لصاحب العمل , فضلا عن مصاريف إبرام العقد (1).

و لقد قرر القضاء الفرنسي أنه عندما ينطوي عقد العمل محدد المدة على إلزام صاحب العمل بأداء تعويض معين للعامل , إن هو أنهى العقد قبل المدة المتفق عليها , فإن هذا البند يتحلل بالضرورة إلى بند جزائي , آيته مواجهة الإخلال بالالتزام , لأن صاحب العمل إذا أنهى العقد خلال المدة المتفق على عدم إنهائه خلالها , حالة كونه عقدا محدد المدة , فقد يضر ذلك بالعامل الذي ركن طوال المدة , و لم يبحث عن عمل قبلها لأي سبب يراه (2).

و بالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل نص على ما يلي : المادة 136 " يكون باطلا و عديم الأثر كل بند في عقد العمل , مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون " , و أما المادة 137 من نفس القانون فقد نصت على : " و يكون باطلا و عديم الأثر كل بند في عقد العمل , يخالف باستنقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع و الاتفاقات و الاتفاقات الجماعية " (3).

و قد ألزم المشرع الجزائري كل وحدة تستخدم 20 عاملا على الأقل أن تعد نظاما لها , و يعتبر النظام الداخلي من خطة الالتزامات التي يتعين على العامل احترامها , و لهذا يجوز لرب العمل أن يضمن هذا النظام الداخلي بجزاءات مالية لكفالة احترامه , إلا أن هذا الأمر لا يكون جائزا بمنظور قانوني , فقد منع المشرع الجزائري رب العمل من استعمال الشرط الجزائي الذي يأخذ شكل غرامة تستقطع من راتب العامل , و في حالة التسريحات المعتبرة تعسفية , لا يمكن لرب العمل التمسك بمقدار التعويض الذي نص عليه في البند كشرط جزائي , ليقدمه للعامل , فالقانون قد حدد قيمة دنيا للتعويض لا تقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل كما لو استمر في عمله , و هذا ما نصت عليه المادة 73 الفقرة الرابعة من القانون السالف الذكر , حيث نصت على :" و في خالة رفضه الإدماج يمنح العامل تعويضا لا يقل عن الستة أشهر من العمل " , و على هذا لا يستجيب القاضي لطلب رب العمل في حالة تمسكه بمقدار التعويض الإتفاقي و الهدف من هذا التحريم يرجع إلى ضمان الحد الأدنى لراتب العامل , و خاصة أن استقطــاع مبلغ الشرط الجزائي قـــد يؤثر عليه , و يجعله لا يصل إلى الحد الأدنى الذي يضمنه القانون

---

(1) – راجع د / محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 117 .

(2) - voir Cass Civ 3 aout 1934 , Gaz .Pal 1934-1957 « Lorsque le contrat de travail a durée déterminée , l'indemnité de rupture que l'employeur s'est obligé par avance a verser , s'analyse nécessairement comme une clause pénale .
La clause sanctionne l'obligation de ne pas rompre le contrat avant terme ». Voire aussi Cass .Civ 23 oct. 1980 / Bull Civ n° 05 765.

(3) – القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 ، الموافق لـ 21 أفريل سنة 1990 ، يتعلق بعلاقات العمل .

و على هذا لا يستجيب القاضي لطلب رب العمل في حالة تمسكه بمقدار التعويض الإتفاقي .

كما ينطبق الحكم في حالة التسريح لأسباب اقتصادية , إذ لا يمكن إعمال الشرط الجزائي في حالة التقليص لأسباب اقتصادية , و هذا ما تضمنته المادة 69 من نفس القانون , على أن القرار يجب أن يتخذ بعد تفاوض جماعي .

**2 – إعمال الشرط الجزائي في عقود الإيجار** : يتضمن عقد الإيجار و كغيره من العقود الملزمة للجانبين على التزامات متقابلة و على هذا الأساس فيكون إعمال الشرط الجزائي في مثل هذه العقود بشكل واسع و كبير , إذ تعوز الحاجة في عقود الإيجار إلى إدراج بند جزائي يقضي بإلزام المستأجر أن يدفع للمؤجر مبلغا نقديا عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها عن إخلاء العين المؤجرة في الموعد المتفق عليه , أو إذا تأخر في هذا التسليم عن مدة زمنية معينة , أو عن مدة تزيد عن المدة التي يسمح بها العرف , أو أنه أحدث تغييرات في العين المؤجرة أو لم يحافظ عليها [1].

و قد يخل المؤجر بالتزاماته , كالالتزام بتسليم العين المؤجرة أو الالتزام بالصيانة أو الالتزام بالضمان وقد تضمن القانون المدني الجزائري تنظيم هذه الالتزامات في نطاق عقد الإيجار على غرار القانون المدني الفرنسي و القانون المدني المصري , فبالرجوع إلى نص المادة 477 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على : "إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيه صالحة للانتفاع الذي أجرت من أجله أو طرأ على هذا الانتفاع نقص كبير جاز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال" , و تنص المادة 489 الفقرة الثانية من نفس القانون على :"...فإذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت انه كان يجهل وجود العيب " , و أما المادة 492 من القانون المدني الجزائري فتنص على : " لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة تغييرا بدون إذن المؤجر , إلا إذا كان هذا التغيير لا ينشأ عنه أي ضرر للمؤجر .

فإذا أحدث المستأجر تغييرا في العين المؤجرة متجاوزا في ذلك حدود الالتزام الوارد في الفقرة السابقة جاز إلزامه برد العين إلى الحالة التي كانت عليها و بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك " [2].

---

(1) – راجع د / محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 109 .

(2) – راجع المواد المادة 1719 و ما يليها من القانون المدني الفرنسي و المتعلقة بالتزامات المؤجر و المستأجر ، و كذلك المواد 564 و ما يليها من القانون المدني المصري و المتعلقة أيضا بأحكام آثار عقد الإيجار .

و قد جاء في قرار للمحكمة العليا المؤرخ في 1984.06.18 تحت رقم 31554 , يخص تطبيق نص 492 من القانون المدني ما يلي :" ......حتى مع افتراض وجود مخالفة لشروط عقد الإيجار فالقانون لا ينص على طرد المستأجر من الشقة كعقوبة خاصة بهذه المخالفة , و إنما تنص المادة 492 من القانون المدني في فقرتها الثانية على مجرد إلزام المستأجر برد العين إلى الحالة التي كانت عليها والحكم بالتعويض إن اقتضى الحال " [1].

و مما سبق ذكره يمكن إدراج الشرط الجزائي في عقود الإيجار على اعتبار أن هناك التزامات متقابلة , و بالتالي قد يخل أحد المتعاقدين بإلزامه ، و عليه فإن إدراج الشرط الجزائي يجعله يبادر إلى تنفيذ هذا الالتزام .

و كما نجد تطبيقات أخرى للشرط الجزائي في مجال عقود الإيجار , و قد شاع استعمال عقود القرض الإيجاري , و هي عبارة عن عملية تجارية يقوم بها بنك أو مؤسسة مالية , أو شركة تأجير مؤهلة قانونا لهذا الشأن , تقوم بوضع آلات أو معدات أو أية أصول مادية آخرى بحوزة مؤسسة مستعملة على سبيل الإيجار مع إمكانية التنازل عنها نهاية الفترة المتعاقد عليها و يتم التسديد على أقساط , و عليه يمكـن القـول أن القرض الإيجـاري هـو عملية مصرفية و ماليـة تتم بموجب عقد قانونـي لتأجير أجهزة و أدوات إنتاجية من وحدة مالية تملكها إلى وحدة إنتاجية تستخدمها لفترة زمنية معينة مقابل أقساط [2].

و بالرجوع إلى الأمر رقم 06/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 و المتعلق بالقرض الإيجاري وقد جاء هذا القانون لينظم أحكام القرض الإيجاري , بحيث أنه منح للمتعاقدين الحرية في التعاقد و أخضع المسؤولية للقواعد العامة , إذ أجاز الاتفاق على الإعفاء منها ما لم تكن محددة بالقانون وهذا ما تضمنته المادة 17 من هذا الأمر , إذ نصت على إمكانية أن ينص عقد الاعتماد الإيجاري باختيار الأطراف المتعاقدة على الشروط المتعلقة بما يلي : إعفاء المؤجر من المسؤولية المدنية اتجاه المستأجر أو اتجاه طرف آخر فـي كل المرات التـي لا يحدد فيهـا القانـون هذه المسؤولية على أساس أنها من النظام العام و يترتب عليها بطلان الشرط التعاقدي الخاص بها [3].

---

(1) – راجع د / برقية بن يوسف , المرجع السابق , ص

(2) – للتفصيل أكثر راجع الموقع الإلكتروني : http://www.startimes.com/f.aspx?t=18040912.

(3) – تنص المادة 17 من الأمر رقم 96–09 المؤرخ في 10 جانفي 1996 ، الموافق لـ 19 شعبان 1416 ، منشور في الجريدة الرسمية العدد 03 الصادرة بتاريخ 14 جانفي 1996 : " يمكن أن ينص عقد الإعتماد الإيجاري بإختيار من الأطراف المتعاقدة على الشروط المتعلقة بما يأتي :

– التزام المستأجر بمنح المؤجر ضمانات أو تأمينات عينية أو فردية .

– إعفاء المؤجر من المسؤولية المدنية تجاه المستأجر أو تجاه طرف أخر في كل المرات التي لا يحدد فيها القانون هذه المسؤولية على أساس أنها من النظام العام , و يترتب عنها بطلان الشرط التعاقدي الخاص بها .=

3 – **<u>إعمال الشرط الجزائي في عقود النقل البحري</u>** : من العقود التي يشيع فيها استعمال الشرط الجزائي عقود النقل البحري و تعرف هذه بأنها العقود أو العقد الذي يلتزم بمقتضاه أن ينقل البضائع بحرا لحساب شخص آخر هو الشاحن مقابل أجر معلوم .

إذن تقتضي طبيعة و خصوصية عقد النقل البحري إدراج الشرط الجزائي في مثل هذه العقود وذلك لحرص الدائن على أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه بكل حرص , فإذا أخل هذه الأخير بالتزامه فإن الضرر سيكون كبيرا سواء بالنسبة للدائن أو المدين على حد السواء , و ذلك لأن القيمة الاقتصادية للبضائع قد تكون كبيرة أو مرتفعة الثمن , و هلى هذا الأساس يلزم الناقل عادة , بأن يدفع مبلغا معينا عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها عن زمان الوصول , بغض النظر عن تفريغ السفينة أو تسليم البضاعة للمرسل إليه , كما قد يدرج الشاحن شرطا جزائيا يلزم الناقل بدفع تعويض , إذا قام هذا الأخير بشحن البضاعة على سطح السفينة , و أن مجرد وجودها على السطح يؤدي إلى التأثير على جودتها بسبب التيارات البحرية , و لم يكن هناك إذن كتابي من الشاحن بشحن البضاعة على السطح و كذلك لم يكن هناك ما يعفي الناقل من أخطار شحن البضاعة على السطح .

و من العقود التي يدرج فيها الشرط الجزائي , في إطار العقود البحرية عقد تأجير السفينة – contrat d’affrètement– , إذ يجوز إدراج بند جزائي يضمن تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه و يترتب على هذا العقد التزام المؤجر بأن يضع تحت تصرف المستأجر , نظير أجره سفينة معينة أو جزء منها لمدة محددة , أو القيام برحلة معينة أو عدة رحلات , فهنا يكون للمؤجر أن يقيد حق مستأجر السفينة من حيث طريقة استغلالها تحت طائلة بند جزائي [1].

و لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الشرط الجزائي في مجال العقود البحرية , في القانون البحري الجزائري بموجب المادة 811 منه , إذ نصت على أنه يقع باطلا و عديم المفعول كل شرط يكون هدفه أو آثره المباشر أو غير المباشر ما يلي :

أ – إبعاد أو تحديد مسؤولية الناقل الناجمة عن المواد 770 و 773 و 802 و 804 .
**ب**– تحديد المسؤولية بمبلغ يقل عن المبلغ الذي حدد في المادة 805 , ما عدا في حالة ما جاء في نص المادة 808 من القانون البحري .

---

= – إعفاء المؤجر من الالتزامات الملقاة عادة على عاتق صاحب ملكية الأصل المؤجر ، و بصفة عامة يعد مقبولا قانونا كل بند يجعل من المستأجر يتكفل بوضع الأصل المؤجر و يتحمل النفقات و المخاطر كذلك الالتزام بصيانة هذا الأصل و إصلاحه والالتزام بإكتتاب تأمين " .

(1) – راجع د / محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 120 .

**ج** – منع الناقل من الاستفادة من التأمين على البضائع : يتبن لنا من خلال استقراء النصوص القانونية السالفة الذكر , أن المشرع الجزائري وضع ضوابط و قيود لإعمال الشرط الجزائي , وبالتالي لا يجوز التحديد المسبق – بمبلغ مالي – لمسؤولية الناقل البحري الناجمة عن أفعاله المحددة في المواد السالفة الذكر , و يترتب على مخالفة ذلك بطلان كل شرط جزائي يستعمل في هذا المجال , كما يبطل الشرط الجزائي الذي يقل مقداره عن المبلغ المحدد في المادة 805 من القانون البحري , و ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يحدد الحد الأدنى للمبلغ الذي لا يجوز للأطراف الاتفاق على أقل منه , و بالتالي فإن الأمر يتحدد وفقا لما نصت عليه اتفاقية بروكسل المبرمة بتاريخ 1957.10.10 و المتعلقة بتحديد مسؤولية ملاك السفن , و قد أقرت الجزائر بهذه الاتفاقية و صادقت عليها.

4 – **<u>إعمال الشرط الجزائي في عقد الصلح</u>** : تسعى الأنظمة القانونية الحديثة إعطاء أهمية و دور كبير للصلح , و يمكن تعريف الصلح :" بأنه عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما , أو يتوقيان نزاعا محتملا و ذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعائه " , و يتجه الفقه الحديث إلى قبول إدراج الشرط الجزائي في عقود الصلح , حيث يهدف من ورائه مجابهة التأخر في تنفيذ ما تم التصالح عليه , فإذا تأخر المتصالح في تنفيذ ما التزم به , فيحق للمتعاقد الأخر أن يطالبه بالتنفيذ و أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بإعمال الشرط الجزائي (1).

و في حالة ما إذا إدراج الشرط الجزائي , ليستحق في حالة طعن أحد الطرفين في عقد الصلح ففي هذه الحالة لا يمكن إعمال الشرط الجزائي في الحال , بل يجب انتظار مآل الطعن , فإذا ما ألغي الصلح ترتب عليه سقوط الشرط الجزائي باعتباره التزام تبعي , أما إذا ثبت الصلح ففي هذه الحالة يمكن إعمال الشرط الجزائي على الطرف الذي أخل بمضمون الشرط الجزائي .

---

(1) – راجع د / محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 120 .

# الفرع الثاني

# إعمال الشرط الجزائي في المجال التقصيري

قد يعتقد البعض أن إدراج الشرط الجزائي لا يكون إلا في المجال التعاقدي , فقواعد المسؤولية التقصيرية هي قواعد آمرة و تتعلق بالنظام (1).

و من ثم لا يجوز للأفراد الاتفاق على عكس قواعدها , أو على الإعفاء منها , أو على مجرد تقييدها , و يجب أن يترك أمر تقدير التعويض المترتب عن عمل ضار للسلطة التقديرية للقاضي إلا أن هناك جانب من الفقه من يذهب إلى إمكانية إدراج الشرط الجزائي في المجال التقصيري , ذلك أن طبيعة الشرط الجزائي تجعله بعيد عن فكرة الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو تقييدها (2).

و يذهب هذا الفريق إلى تبرير إمكانية اللجوء إلى الشرط الجزائي في المجال غير التعاقدي , أن الشرط الجزائي تقدير اتفاقي للتعويض , أي تحديد مسبق لمقدار التعويض المستحق في حالة تحقق ما يستوجب التعويض , و هو في صورته العامة و المجردة لا ينطوي على إعفاء من المسؤولية و بالتالي يمكن اللجوء إليه دون أن يكون هناك أي إعفاء من المسؤولية , و في حالة ما إذا انتهك الشرط الجزائي أحكام المسؤولية التقصيرية إعفاءا أو تخفيفا , فإنه في هذه الحالة يفقد طبيعته , و بالتالي يستطيع القاضي في هذه الحالة إهدار الشرط الجزائي لأنه خرج عن حقيقته كأداة لضمان تنفيذ الإلتزام الأصلي و أما في حالة ما إذا تضمن الاتفاق على الشرط الجزائي تشديد مسؤولية المدين لجبر ضرر ناجم عن عمل غير مشروع , أو تجديد التعويض على نحو يزيد عن قدر الضرر الذي حل بالدائن فإنه يعتبر في هذه الحالة شرطا جزائيا صحيحا , و لا يوجد مانع قانوني من اللجوء إليه (3).

و تتعدد المجالات التي يمكن إعمال الشرط الجزائي فيها , ومنه يمكننا أن نتطرق إلى بعض المجالات دون الأخرى و التي تثير إشكالا قانونيا وعمليا , كحالة استحقاق الشرط الجزائي في حالة

---

(1) – صحيح أن قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام ، فالفقه يجمع على أنه يوجد فارق عام بين المسؤولية التقصيرية و العقدية ، يتعلق بكون قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام و يقع باطلا كل اتفاق على الإعفاء أو التخفيف منها ، أما في مجال المسؤولية العقدية فإن الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية جائز ما لم ينسب إلى المدين غش أو خطأ جسيم في التنفيذ .

(2) – راجع د / محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 128 .

(3) – إن الشرط الجزائي الذي يقيد المسؤولية يكون للمصلحة المطلقة للمدين دائما ، و الشرط الجزائي إذا كان مرتفعا كان لمصلحة الدائن ، و إذا كان منخفضا كان لمصلحة المدين ، و في هذا يقترب الشرط الجزائي من الشرط المقيد للمسؤولية .

الإخلال بالعقد إذا كان هذا الإخلال يشكل جريمة , و كذلك في حالة الاتفاق مقدما على مقدار التعويض في حالة فسخ العقد من طرف أحد المتعاقدين .

**1 – الاتفاق سلفا على مقدار التعويض الناجم عن الإخلال بالعقد إذا كان هذا الإخلال يشكل جريمة :**
يجمع الفقه الحديث إلى إمكانية انصراف الشرط الجزائي إلى التعويض عن المسؤولية التقصيرية فإن الإخلال بأحد العقود على سبيل المثال يشكل جريمة تستوجب العقاب , ففي جريمة خيانة الأمانة إذا اتفق المتعاقدان سلفا على مقدار التعويض الذي يستحق عند حدوث هذا الإخلال , هذا ما يعني أن التعويض هنا يكون تعويضا عن المسؤولية التقصيرية , و أن موجب هذا التعويض هو العمل غير المشروع الذي أتى به المتعاقد ,أي فعل الإخلال الذي يكون جريمة خيانة الأمانة أو التبديد حسب ما يقتضيه القانون(1).

**2 – الاتفاق سلفا على مقدار التعويض في حالة فسخ أحد المتعاقدين للعقد** : و يذهب البعض إلي تقرير أن استحقاق الشرط الجزائي نتيجة فسخ أحد الطرفين للعقد , بعد أن ضمنهما شرطا جزائيا يعتبر شرطا جزائيا ناشئا عن الإخلال بالتزام غير تعاقدي , إي إعمال الشرط الجزائي في المجال التقصيري ففسخ المقاول لعقد المقاولة , و عدول الخاطب عن الخطبة دون مسوغ تعتبر تطبيقا من تطبيقات إعمال الشرط الجزائي في المجال التقصيري , و في سياق المثال الأول – أي عقد المقاولة– و الذي يستوجب التدقيق في هذا الرأي .

و لاشك في أن الفقه الحديث يذهب إلى اعتبار مسؤولية المقاول هي مسؤولية عقدية , متى كان أساسها عدم تنفيذ المقاول للالتزام الذي تضمنه عقد المقاولة (2).

و على اعتبار أن المقاول ملزم بضمان عيوب ما بعد التنفيذ , و هذا ما يطلق عليه بالضمان العشري , و منه يذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن عيوب ما بعد التنفيذ هي مسؤولية تقصيرية بمعنى أن الشرط الجزائي المتعلق بها , يكون بندا جزائيا في المجال التقصيري لا المجال التعاقدي و في هذا الشأن يقول الأستاذ الدكتور محمد جابر الدوري : ( أن اعتبار مسؤولية المقاول أو المهندس عن التهدم الكلي أو الجزئي , أو العيوب التي تظهر بعد الإنجاز و التسليم , مسؤولية عقدية محل نظر للأسباب التالية :

---

(1) – راجع د / محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 130 .
– و راجع د / أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 72 .
(2) – في حالة إخلال المقاول بالالتزام الذي تضمنه عقد المقاولة ، فيستلزم في هذه الحالة قيام المقاول بتعويض المتعاقد الآخر بالمبلغ الذي تم الاتفاق عليه مسبقا ، و في هذه الحالة يكون البند الجزائي قائما في مجال المسؤولية العقدية لا المسؤولية التقصيرية.

*- أن المسؤولية لو كانت عقدية حقا , و تضمن العقد شرطا جزائيا , و وقع تهدم البناء أو ظهر عيب فيه بعد الإنجاز وقبل التسليم , و طولب المقاول بلزوم التعويض يحكم بالتعويض وفقا لما تضمنه الشرط الجزائي , أما مطالبة المقاول و المهندس بمقتضى الشرط الجزائي بعد التسليم هو أمر غير وارد , لأن الشرط الجزائي تعويض متفق عليه مسبقا بين المقاول و رب العمل , و يمكن المطالبة به عند إخلال المقاول أو المهندس بالتزاماتهما العقدية , أما و العقد قد انتهى و التسليم قد تم , فلم يبقى مجال للمطالبة به .... الأمر الذي يدلل على أن هذه المسؤولية ليست عقدية (1).

*- يذهب الأستاذ الدكتور محمد جابر الدوري إلى إقرار أن ما ذهب إليه الفقه في كل من فرنسا ومصر من أن مسؤولية المقاول أو المهندس بعد إنجاز العمل و تسليمه لرب العمل مسؤولية عقدية .

و في الحقيقة أنه مــن الصعب التسليم بهذا الرأي , فالقــول بأن العقد قد انقضى بمجرد التسليم و بأن العيوب التي تظهر فيما بعد لا يشملها الضمان الذي تضمنه العقد أمر مجافي للحقيقة و المنطق القانوني السليم , و الحقيقة أنه طالما كان هناك عقد صحيح بين الطرفين فإن أي إخلال به سواء أكتشف قبل التسليم أو بعده يعتبر إخلالا بالتزام تعاقدي , طالما لم يتعلق الأمر بعمل غير مشروع فارتباط الشرط الجزائي بضمان تنفيذ التزام عقدي يقتصر دوره على ما أريد منه و هو ضمان تنفيذ العقد , و لو أراد المتعاقدان مد نطاقه ليشمل ضمان سلامة التنفيذ لكان لهما ذلك سواء قبل التسليم أو بعد التسليم , و هو يظل في كل الأحوال ضمانا للالتزام أو لسلامة تنفيذ التزام ناشئ عن العقد (2).

و في الأخير نشير أنه يحق لصاحب العمل و المقاول أن يتفقا على إلزام من يقوم منهما بفسخ العقد دون مبرر شرعي و قوي , بأداء مبلغ مالي , و يكون البند الجزائي في هذه الحالة قائما في مجال المسؤولية التقصيرية .

كما نشير أيضا أن الشرط الجزائي له مجال إعمال واسع في القوانين الوضعية , بنفس القدر الذي يتم إعماله في الشريعة الإسلامية , و هذا ما يقودنا إلى أن نتطرق إلى أحكام الشرط الجزائي في الشريعة الإسلامية , حتى نتمكن من تحديد مكامن الشبه و الاختلاف بين النظامين .

---

(1) – راجع د / محمد جابر دوري ، مسؤولية المقاول و المهندس في مقاولات البناء و المنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه دراسة مقارنة , رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون و السياسة , جامعة بغداد ، 1975 ، ص 43 .
(2) – المرجع نفسه ، ص 44 .

## الفرع الثالث

## أحكام الشرط الجزائي في الشريعة الإسلامية

للشريعة الإسلامية الغراء تصور خاص في كل النواحي , وقد رأينا أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية بقرون في وضع أحكام و ضوابط للأمور لم تعرفها الأنظمة الغربية إلا مؤخرا , لكن هذا لا يعني أن الفقه الإسلامي لم يتأثر بالمفاهيم الغربية و يأخذ منها , مادام لا يخالف الشرع الإسلامي [1].

و بما أن الشرط الجزائي قد ظهر لدى الفقهاء الغربيين , فإن الفقهاء المسلمين أقروا بصحته ويقول في هذا الشأن عن فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة – شيخ الأزهر سابقا – قوله : " أن الصفقات التجارية قد اتسع أفقها و تشعبت أنواعها , و تنوع بحسب العرف التجاري ما يشترطه العاقدون , حتى وجدت عقود لم تكن , و تفنن الناس في الشروط تفننا باعد بين العقود و أصولها المذكورة في كتب الفقه , و لو حكمنا ببطلان تلك العقود و فساد هاتيك الشروط لصار الناس في حرج و ضيق , و لشلت الحركة في الأسواق و لتقاطعت العلاقات التجارية بين الناس , بل لتقطعت الأسباب فلا تنمو ثروات آحاد الناس , و لا تنمو ثروة الجماعات " [2].

و في هذا الشأن طلبت الحكومة السعودية من هيئة كبار العلماء الفتوى الشرعية بشأن جواز النص على الشرط الجزائي من عدمه , و قد أصدرت هيئة كبار العلماء فتواها في دورتها الخامسة المنعقدة في الفترة من 22/5 من شهر شعبان عام 1394 هجرية بمدينة الطائف وقد جاء فيها بخصوص الشرط الجزائي ما يلي :"الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به , ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا , فيكون العذر مسقطا لوجوبه حتى يزول و إذا كان الشرط الجزائي كثيرا عرفا بحيث يراد به التهديد المالي , و يكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية , فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل و الإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة , و يرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة و النظر عملا بقول المولى عز و جل :"**و إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل** ", و قوله عزو جل : " **و لا يجرمنكم شنئان**

---

(1)– في الشريعة الإسلامية السمحاء الأصل في الشروط الصحة ، و أنه لا يحرم منها و ببطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وبإبطاله نصا أو قياسا ، و قد عن الرسول صلى الله عليه و سلم في الحديث الشريف :" المسلمون على شروطهم ، إلا شرط حرم حلالا أو أحل حراما " ، و قد ورد عن الفاروق عمر بن الخطاب ، رضي الله عنه قوله :" مقاطع الحقوق عند الشروط " .

(2) – راجع د / عبد المحسن سعد الرويشد ، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1983 ص607 .

قوم على أن لا تعدلوا اعدلوا هـو أقـرب للتقوى ", وبقوله صلى الله عليه و سلم :" لا ضرر و لا ضرار " (1).

لقد أشرنا أن الشريعة الإسلامية الغراء قد تبنت أحكام الشرط الجزائي , و بالتالي نجد كل الشروط التي يتضمنها الشرط الجزائي , و بالتالي فيشترط ركن الخطأ – العمد – في الشريعة الإسلامية , و مناط الخطأ هو مجرد عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه , و يستند الفقهاء الشريعة الإسلامية على الآية الكريمة التالية :" يأيها الذين أمنوا أوفوا بالعهود ' , و لكن الشريعة الإسلامية تنفرد بمفهوم خاص للخطأ , فعلى عكس التصور الغربي للخطأ و الذي يقسم إلى ركن معنوي و ركن مادي , فإن الشريعة الإسلامية تنيط الضمان بفكرة تجاوز الحد المعقول , و لا يفرق بين العاقل والمجنون , و العاق و الخاطئ و غيرهم فالضمان حقيقة مطلوبة للجميع , و من ثم فإن الفقه الإسلامي يوافق على أن يرتبط الشرط الجزائي بالالتزام الذي رصد لضمان تنفيذه , و لا يتعداه إلى غيره أو يستبدل به التزام آخر (2).

و فيما يخص ركن الضرر فلا يستحق التعويض ما لم يتحقق الضرر , و يقول في هذا الشأن الأستاذ الكمال بن الهمام أنه لابد أن يتوسط بين السبب و الحكم عليه , فإذا لم تتحقق هذه العلة فإن الحكم لا يتحقق بمجرد السبب (3).

و معنى هذا أن التعدي قد يوجد , و لكن لا يترتب عليه ضرر , و في هذه الحالة فإنه يحكم على المتعدي بالضمان لانتفاء موجبه ألا و هو الضرر (4).

و يقتضي أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ و الضرر , فإذا انتفت هذه العلاقة لا يستحق الشرط الجزائي لانتفاء العلاقة و بالتالي لا مسؤولية شرعا , أي لا ضمان , و تنقطع العلاقة السببية في الفقه الإسلامي سواء بما يعرف في الشريعة الإسلامية بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو الآفة السماوية كما تنقطع العلاقة السببية بفعل المدين , فلو ركب الدائن دابة على سبيل المثال , فداست على المبيع و أهلكته أو أتلفته , ففي هذه الحالة لا يلزم المدين بأداء التعويض المتفق عليه , و في الأخير تنقطع العلاقة السببية في الفقه الإسلامي بفعل الغير , فلو سقط حائط الجار على سلعة تعهد المدين بتسليمها

---

(1)–راجع محمدأبوغذير, مقال منشور على الأنترنيت بتاريخ 2011.05.31, http://agmhmahrshlh.maktoobblog.com

(2) – راجع د / محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 133 .

(3) – المرجع نفسه ، ص 208 .

(4) – يختلف تصور الشريعة الإسلامية في وجوب تحقق الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي عن ما هو معمول به قضاءا في فرنسا فقد أشرنا أن الفرنسي لم يكن حاسما في اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، و بالمقابل نجد أن تصور الشريعة الإسلامية يتفق مع تصور القانون المدني الجزائري و القانون المدني المصري من اشتراط تحقق ركن الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي .

في ميعاد معين , تحت طائلة الجزاء الإتفاقي فأتلفها و منه لم يتمكن المدين من تسليمها ففي هذه الحالة لا يلزم بالتعويض .

و في الأخير فإن الشريعة الإسلامية تعرف فكرة الإعذار المعروفة , و بالتالي فإن استحقاق التعويض الإستحقاقي يستلزم قيام الدائن بإعذار المدين .

و فيما يخص العقود التي يجوز إدراج الشرط الجزائي فيها , فيمكننا أن نذكر منها عقد الإستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه , و كذلك عقود المقاولات بالنسبة للمقاول , و عقد التوريد بالنسبة للمورد , كما هناك عقود يحرم فيها إدراج الشرط الجزائي نذكر منها عقد القرض و البيع بثمن مؤجل و عقد السلم (1).

---

(1) – إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية من 25 جمادى الآخرة 1421 هـ –1 رجب 1421 هـ الموافق 23–28 أيلول (سبتمبر ) 2000 م ، بعد إطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع ( الشرط الجزائي)، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول الموضوع بمشاركة أعضاء المجمع و خبراءه و عدد من الفقهاء قرر ما يلي:

أولا : الشرط الجزائي في القانون هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقهن شُرِط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم يُنَفِّذ الطرف الآخر ما التزم به ، أو تأخّر في تنفيذه.

ثانيا : يؤكد المجلس قراراته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي الواردة في قراره في السَّلَم رقم 85(9/2)، ونصه : "لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم الشيء المسلم ؛ لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير وقراره في الاستصناع رقم 65(7/3) , ونصه : "يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة ، وقراره في البيع بالتقسيط رقم 51(6/2) ونصه : "إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط بعد الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط ، لأن ذلك ربا محرم " .

ثالثا : يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترناً بالعقد الأصلي كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحقٍ قبل حدوث الضرر.

رابعا : يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً؛ فإن هذا من الربا الصريح ,وبناء على هذا يجوز هذا الشرط – مثلاً – في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول ، وعقد التوريد بالنسبة للمورد وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفّذ ما التزم به أو تأخّر في تنفيذه , ولا يجوز – مثلا – في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء ، كان بسبب الإعسار ، أو المماطلة , ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه.

خامسا : الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي ، وما لَحِق المضرور من خسارة حقيقية ، وما فاته من كسب مؤكد ، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

سادسا : لا يُعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شُرِط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسببٍ خارج عن إرادته ، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

سابعا : يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تُعدِّل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك ، أو كان مبالغاً فيه.ويوصي المجمع بما يلي:بعقد ندوة متخصصة لبحث الشروط والتدابير التي تقترح للمصارف الإسلامية لضمان حصولها على الديون المستحقة لها.

– للمزيد راجع الموقع الإلكتروني التالي: http://www.fiqhacademy.org.sa/qrarat/12-3.htm

و قد وردت عدة قرارات صادرة عن مجمع الفقه الإسلامي بصدد هذه العقود نذكر منها ما يلي : القرار رقم 109 ( 12/3 ) بشأن موضوع الشرط الجزائي.

و لقد صدرت عدة قرارات عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض المنعقد بتاريخ 25 جمادى الثانية سنة 1421 هجرية ومما جاء من قرارات المؤتمر ما يلي :

**أولا :** الشرط الجزائي في القانون هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به أو تأخر في تنفيذه .

**ثانيا :** يؤكد المجلس قرارته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي الواردة في قراره في السلم رقم 85 (9/2) ونصه :' لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه لأنه عبارة عن دين , و لا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير .

**ثالثا :** يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترنا بالعقد الأصلي , كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر .

و عليه سنحاول بنوع من الإيجاز التطرق إلى أهم العقود التي يرد عليها الشرط الجزائي , و كما أسلفنا سابقا فسنتطرق إلى عقد الإستصناع , و عقد المقاولة , و عقد بيع السلم .

**1 – <u>عقد الإستصناع</u> :** يعرف هذا العقد في الشريعة الإسلامية , بأنه عقد وارد عن العمل و العين في الذمة ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان و الشروط , و يشترط في هذا العقد ما يلي :

– بيان الشيء المستصنع و نوعه و قدره و أوصافه المطلوبة .
– أن يحدد فيه الأجل.
– يجوز في عقد الإستصناع تأجيل الثمن كله , أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة .

**2 – <u>البيع بالتقسيط</u> :** و يعرف بأنه " عقد على مبيع حال , بثمن مؤجل , يؤدَى مفرقاً على أجزاء معلومة , في أوقات معلومة , وبين التقسيط والتأجيل علاقة عموم وخصوص مطلق , فكل تقسيط تأجيل وقد يكون التأجيل تقسيطاً و قد لا يكون , فالتأجيل هو الأعم مطلقاً " [(1)].

و قد صدر القرار رقم 51(6/2) و تضمن ما يلي :" إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد , فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين , بشرط سابق أو بدون شرط , لأن ذلك يعتبر ربا محرم , و هذا ما يسمى في القوانين الوضعية بـ ( فوائد التأخير ) , فإن الشرط الجزائي لا يكون صحيحا

---

(1) – راجع د / سليمان بن تركي التركي ، بيع التقسيط و أحكامه ، دار اشبيليا ، السعودية ، سنة 2010 ، ص 08 .

و لا يجــوز العمل بموجبه شرعا , لأن هذه الفائدة تكون ربــا , و الشريعة الإسلامية كما نعلم لا تجيزه و لا تقره , و قـد ثبت عن النبــي صلى الله عليــه و سلـم قــال :" **لعـن الله آكـل الربـا و مـؤكلـه وكاتبـه و شاهديه , و قال و هم سواء** " [1].

و كما يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط , و مع ذلك يجوز شرعا اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء , و واضح من هذا أن الجهة التي منع فيها الشرط الجزائي في بيع التقسيط , غير الجهة التي أبيح منها , فالممنوع الزيادة في قيمة الدين , و المباح اشتراط حلول جميع الأقساط عند مماطلة المدين بالسداد [2].

**3 – عقد المقاولة** : لا يوجد في الفقه الإسلامي تعريف محدد لعقد المقاولة , و هذا نظرا لعدم وجود هذا المصطلح في الزمن الماضي , إلا أن هذا لا يعني عدم وجود تعريفات لهذا العقد , فقد عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 124 :" عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا , فالعامل صانع و المشتري مستصنع , و الشيء مصنوع ".

و قد عرفه الأستاذ الدكتور "وهبة الزحيلي" :" المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر ".

كما عرفه الدكتور "رفيق يونس المصري " بقوله :" المقاولة تفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئا , أو يؤدي عملا بمقابل مالي يتعهد به هذا المتعاقد الآخر " [3].

و يجيز فقهاء الشريعة الإسلامية إدراج الشرط الجزائي في عقود المقاولة , و بالتالي يستحق التعويض إذا وقع ضرر نتيجة التأخر في التنفيذ , و أن هذا التأخر ناتج بفعل المدين و ليس بفعل قوة قاهرة , ففي هذه الحالة لا يستحق التعويض.

---

(1) – حديث شريف رواه مسلم .

(2) – راجع د / سليمان بن تركي التركي ، المرجع السابق ، ص 09 .

(3) – راجع د / إبراهيم شاشو ، المقاولة في الفقه الإسلامي ، كلية الشريعة بجامعة دمشق ، منشورة بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية ، المجلد 26 , العدد الثاني 2010 , ص 745 .

# المبحث الثالث

## رقابة القاضي على الشرط الجزائي

ينشأ العقد عادة مختلا نسبيا بين طرفيه , و يرجع هذا الاختلال سواء إلى طبيعة العقد و نوعه أو إلى الأطراف المتعاقدة في حد ذاتها , و يرجع سبب هذا الاختلال في أساسه إلى مبدأ هام يسود النظرية العامة للعقد هو مبدأ سلطان الإرادة , و مبدأ الحرية العقدية , و بالتالي فإذا ارتضى الطرفان التعاقد بحرية و دون أي عيب يسود هذا العقد , فإنه ينشأ صحيحا و ينتج آثاره القانونية .

و الحقيقة أن هذا الأمر لا يكون في كل الحالات , على اعتبار أن الاختلال قد يكون فادحا مما قد يؤدي إلى انهيار العقد برمته , و حفاظا على هذا الكيان يتدخل القضاء بما أتيح له من وسائل وسلطات قانونية لتعديل العقد و رده إلى الحد الذي يضمن بقائه , و يستند القاضي في هذا التدخل على مبدأ هام و هو مبدأ العدالة العقدية .

و بما أن الشرط الجزائي يدرج في العقد بناءا على إرادة المتعاقدين , استنادا إلى مبدأ الحرية العقدية و مبدأ سلطان الإرادة , فإنه بالنتيجة يكون هذا العقد صحيحا و منتجا لآثره من الناحية النظرية و لكن التسليم بهذا المنطق قد يجعل من العقد صعب التنفيذ إن لم نقل مستحيلا , و بناءا على اعتبارات العدالة و العدل و الإنصاف , فإن للقاضي دور كبير في الرقابة على الشرط الجزائي , إذ أول ما يتحقق منه هو شرعية الشرط الجزائي , ثم ينتقل لبحث شروطه ليصل إلى تقدير توافق التعويض [1].

و منه ، فالشرط الجزائي مقيد بقيد المشروعية و عدم مخالفته للقانون إذ يترتب على مخالفة ذلك البطلان المطلق للشرط الجزائي , ومثال ذلك أن يتضمن العقد شرط جزائيا يضمن تنفيذ اتفاق يتعلق بتركة إنسان على قيد الحياة , أو الحالات التي يكون فيها الشرط الجزائي مقدرا قانون مثل ما هو منصوص عليه في القانون رقم 74/15 المؤرخ في 1974.01.30 و المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار المادية والجسمانية الناتجة هن حوادث السيارات وأساسه [2].

---

(1) – يخضع القاضي لرقابته أيضا التكييف الذي أعطاه الطرفان للنظام القانوني المعروض أمامه النزاع في شأنه , فالقاضي غير مقيد بما أعطي من وصف من قبل الطرفين بل عليه أن يستخلص من الاتفاق والظروف الملابسة والنية المشتركة للطرفين التكييف الحقيقي ، فقد يصف الطرفان شرطا بأنه شرط جزائي في حين أنه شرط لتحديد المسؤولية ،وقد يعطيان وصفا آخر في حين أن حقيقته شرط جزائي. ومن بين ما يراقب القاضي كذلك مدى توفر شروط إعمال الشرط الجزائي من خطأ وضرر وعلاقة سببية و إعذار وهي الشروط التي سبقت الإشارة إليها.

(2) – راجع الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 6 محرم عام 1394 الموافق 30 يناير 1974 يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار لاسيما الملحق الخاص و الذي يتضمن جدول حساب التعويضات .

كما حدد القانون رقم 06/98 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني في نص المادة 150 منه على :" ....أنه تمارس مسؤولية الناقل الجوي إزاء كل شخص منقول طبقا لقواعد اتفاقية وارسو المؤرخة في أكتوبر 1999 , و برتوكول لاهاي المؤرخ في 28 سبتمبر 1955 و المصادق عليها من طرف الجزائر ، و تحدد قيمتها بـ250.000 وحدة حسابية كحد أقصى عن كل مسافر ويقصد بالوحدة الحسابية في مفهوم هذا القانون , وحدة حسابية متشكلة من خمسة و ستون مليغرام ونصف من الذهب على أساس تسعمائة ومن الألف من الذهب الخالص , و يمكن أن تحول وحدات الحساب المذكورة إلى العملة الوطنية بأرقام صحيحة , و يتم التحويل في حالة دعوى قضائية حسب قيمة الذهب للعملة المذكورة في تاريخ النطق بالحكم " (1).

و مما سبق فإن القاضي له سلطة لتعديل قيمة الشرط الجزائي المحدد بموجب اتفاق الطرفين ونشير في هذا الصدد أن القانون الفرنسي لم يكن يسمح بتعديل قيمة الشرط الجزائي , فقد تبنى القانون الفرنسي قبل التعديل قاعدة الأثر المطلق للشرط الجزائي , فقد نصت المادة 1125 من القانون المدني الفرنسي على :" إذا تضمن الاتفاق أن يدفع من يخل بتنفيذه , مبلغا على سبيل التعويض , فلا يجوز أن يعطي الطرف الأخر , مبلغا أكبر أو أقل منه " , و يقول الفقيه "ديموج" في هذا الشأن :" أن الشرط الجزائي هو تقدير لقيمة التعويض في حالة إدراجها في العقد , و من أهداف الشرط الجزائي هو تحديد قيمة التعويض دون أي نقاش " (2) .

و قد تبنى جانب من الفقه الفرنسي هذا الاتجاه متأثرين بمبدأ سلطان الإرادة و الحرية العقدية التي تضمنها تقنين نابليون في نص المادة 1134 , و يترتب على هذا أنه كل ما يعتمد على إرادة المتعاقدين يجب احترامه , و لا يمكن للقاضي أن يقوم بتعديل قيمة الشرط الجزائي تحت أي ستار أو حجة , و إن أثبت الدائن خطأ المدين , وبالنتيجة فإنه ليس للدائن أن يثبت قدر الضرر الذي لحقه من عدم تنفيذ الالتزام بل و لا أن ضررا أصابه من عدم تنفيذه , فمتى أثبت الدائن عدم تنفيذ الالتزام تعين الحكم على المدين بالمبلغ المتفق عليه , دون اعتبار إلى وجود الضرر , أو إلى قدره عند وجوده (3).

---

(1) – راجع القانون رقم 06/98 المؤرخ في 27 جويلية 1998 ، و المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني.

(2)- en ce sens demogue op.cit, p 516 : « la clause pénale est une estimation des dommages-intérêts, quand une clause pénale a été établie comme un de ses buts est de fixer les dommages-intérêts sans discussion ».

(3)- Planiol Ripert et redouant, op-cit : « les parties ne peuvent le critiquer ni le tribunal allouer une somme de dommages-intérêts supérieurs ou inferieur », v aussi Mazeaud, op-cit, p 2636 :« ce principe est appliquer dans tout sa rigueur par une jurisprudence abondante est constante, cette rigueur ressort tout particulièrement de l'arrêt – civ 23 mai 1940 ».

و لا شك في أن اتجاه القانون الفرنسي و القضاء الفرنسي , ومن بعده جانب من الفقه الفرنسي أنه اتجاه مغالي فيه في الأخذ بفكرة القوة الملزمة للعقد , فحقيقة أن تقنين نابليون قد أقر بهذا المبدأ في نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي , و حقيقة أنه يبرر موقف القضاء الفرنسي من هذا الموقف بأن يقطع السبيل على المدين في المحاججة و الجدل في مقدار التعويض المستحق , إلا أن هذا لا يمكن قبوله و لا تطبيقه إلا في ظل تحقيق العدالة (1).

و في غمرة الانتقادات لمسلك القانون و القضاء الفرنسيين و كذلك جانب من الفقه الفرنسي على إثر ذلك عدل القانون الفرنسي و قد أجاز تعديل قيمة الشرط الجزائي , و هذا ما تضمنته المادة 1231 من القانون المدني الفرنسي (2).

و قد اتجه كل من القانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري إلى إمكانية تعديل الشرط الجزائي , فقد نصت المادة 184 الفقرة الثانية بقولها :" ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ".

و أما المادة 185 من نفس القانون فتنص على :" إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق , فلا يجوز للدائن أن يطلب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ".

و تقابل هذه المواد في القانون المدني المصري المواد 224 الفقرة الثانية والمادة 225 .

و عليه سنحاول التطرق إلى خصائص تعديل الشرط الجزائي في **الفرع الأول** , وفي **الفرع الثاني** سنتطرق إلى سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي , وأما **الفرع الثالث** فسنخصصه إلى سلطة القاضي في رفع قيمة الشرط الجزائي .

---

(1) – راجع في هذا الشأن د / محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 216 .
– و في نفس هذا الشأن د / عبد الرزاق السنهوري , الوسيط , ص 814 .

(2) -article 1231 ccf : « Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

## المطلب الأول

## خصائص الرقابة على الشرط الجزائي

لقد أصبح تعديل الشرط الجزائي أمر مسلم به سواء في التشريع الجزائري و التشريع المصري و حتى التشريع الفرنسي مع بعض الاختلافات بين كل من التشريع الجزائري و التشريع المصري من جهة , و كذلك التشريع الفرنسي من جهة أخرى .

و بالرجوع إلى نص المادة 184 الفقرة الثانية و التي تقابلها الفقرة الثانية من المادة 224 من القانون المدني المصري , فيما يخص سلطة القاضي في تعديل قيمة الشرط الجزائي نجد أنها تتميز بخاصيتين و هما : أنها سلطة جوازية بالنسبة للقاضي , وأنها سلطة إلزامية متى نطق بها القاضي .

1 - **<u>الطابع الجوازي لسلطة تدخل القاضي</u> :** ولقد منح كل من القانون المدني الجزائري و المدني المصري , السلطة الجوازية لتعديل الشرط الجزائي و هذا بصريح العبارة , و يترتب على هذا الأمر أن القاضي ( الجزائري أو المصري ) لا يمكنه أن يتدخل لإعمال سلطته ما لم تتحقق جملة من الشروط نستخلصها من نص المادة 2/184 والمادة 125 من القانون المدني الجزائري , و المادة 2/224 و 225 من القانون المدني المصري و تتمثل هذه الشروط فيما يلي :

أ - أن يتم التدخل بناءا على طلب المدين.

ب - أن يثبت المدين أن تقدير التعويض كان مفرطا .

ج - أن يتم تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه و بقي جزء آخر.

**و عليه فالسؤال الذي يطرح هو هل يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل قيمة الشرط الجزائي دون أن يطلب منه ذلك , أي يقوم بإعمال هذه السلطة من تلقاء نفسه ؟**

و في الواقع أن هناك من يذهب إلى تقرير هذه السلطة , على اعتبار أن نص المادة 184 من القانون المدني الجزائري هي قاعدة آمرة و تتعلق بالنظام العام , بينما ذهب فريق آخر إلى القول بعدم إمكانية ذلك , على اعتبار أن تدخل القاضي في مثل هذه الحالات هو تدخل جوازي منوط بتوافر الشروط السابق ذكرها , و في اعتقادنا أن هذا الرأي هو الأكثر صواب , ذلك أن الشرط الجزائي مبني أساسا على فكرة الاتفاق و متى ارتضى المدين هذا الشرط و لم يحتج به أمام القضاء فلا مجال لأن يتدخل القاضي في مثل هذا الشأن , كما أن في تدخله هذا خرقا لمبدأ أساسي و لقاعدة جوهرية في نطاق قانون الإجراءات و هي أن القاضي مقيد بطلبات المتنازعين , و بالتالي لا يجوز له أن يحكم بما لم يطلبه الأطراف أو بأكثر مما يطلبه الأطراف , و لو فعل ذلك فقد أخل بمبدأ أساسي و هو مبدأ حياد القاضي .

و بينما نجد أن القانون الفرنسي قد منح هذه السلطة للقاضي , إذ يمكن للقاضي الفرنسي أن يتدخل من تلقاء نفسه بتعديل الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي , و هذا ما نصت عليه المادة 1231 من القانون المدني الفرنسي إذ يمكن للقاضي من تلقاء نفسه أن يعدل قيمة الشرط الجزائي إلى الحد الذي حقق منفعة للدائن و دون الإضرار به , أن أي اتفاق على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن كما تضمنت المادة 1152 من نفس القانون سلطة للقاضي أن يتدخل و لو من تلقاء نفسه في حالة التقدير المبالغ فيه أو التقدير الزهيد الشرط الجزائي (1).

و منه يتضح أن هذه القاعدة في التشريع الفرنسي , هي من النظام العام و بالتالي فإن الاتفاق على مخالفتها يعتبر كأن لم يكن , و بهذا يكون التشريع الفرنسي قد تميز عن التشريع الجزائري و التشريع المصري , و حسب رأينا أن هذا الاتجاه أجدر الإتباع , على أساس أنه يجب أن تمنح سلطة أوسع للقاضي لتحقيق التنفيذ العيني للالتزام .

2 - **<u>الطابع الإلزامي لسلطة تدخل القاضي بالمسبة للأطراف</u> :** لقد أشرنا أن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي , هي سلطة جوازية يتم إعمالها بتحقق شروط معينة تم ذكرها سابقا , و بالتالي لا يجوز للأطراف أن يتفقوا على خلاف ذلك , ففي حالة ما إذا اشترط الدائن على المدين , عدم مطالبة هذا الأخير بتعديل العقد , فإن هذا الشرط يعتبر كأن لم يكن , و بهذا يكون تدخل القاضي في مثل هذه الحالات تدخلا ملزما للأطراف المتعاقدة , و علة هذا أن القواعد المنظمة للرقابة القضائية تتعلق بالنظام العام فلا فجال لاستبعادها , و لكي لا يكون الشرط الجزائي وسيلة لتعسف الدائن .

## المطلب الثاني

## سلطة القاضي في تخفيض قيمة الشرط الجزائي

عادة ما يتدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي , ذلك أن إرادة الأطراف تتجه في غالب الأحيان إلى المغالاة في قيمة الشرط الجزائي , و أمام عدم إمكانية وفاء المدين بالتزامه الأصلي , و كذلك عدم قدرته على دفع مبلغ التعويض , و أمام هذا الأمر فإن تدخل القاضي يصبح ضرورة حتمية في مثل هذه الحالات .

---

(1)- راجع د / هدى عبد الله , دروس في القانون المدني , الجزء الثاني , العقد ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2008 ، ص 338 .

و لقد تضمنت التشريعات الثلاث محل الدراسة إمكانية تخفيض الشرط الجزائي , فبالرجوع إلى نص المادة 2/184 نجدها أنها تضمنت ثلاث حالات يمكن من خلالها تخفيض قيمة الشرط الجزائي , وهي حالة التقدير المفرط , و حالة التنفيذ الجزائي , و حالة إطالة أمد النزاع التي نصت عليها المادة 187 من القانون المدني الجزائري .

و نجد أن المشرع المصري قد تبنى حالتي المبالغة في تقدير الشرط الجزائي , و حالة التنفيذ الجزئي في نص المادة 2/224 , و أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد تضمن حالة لتخفيض الشرط الجزائي , و هي حالة التنفيذ الجزئي و الثانية في حالة التقدير المفرط .

1 – **<u>حالة التقدير المفرط للشرط الجزائي</u>** : و بالرجوع إلى نص المادة 2/184 نجد أن المشرع الجزائي قد استعمل مصطلح الإفراط , **و السؤال الذي يطرح هو متى يكون التقدير مفرطا , و على أي معيار يمكن اعتبار ذلك ؟**

و الحقيقة أن المشرع الجزائري لم يحدد المعيار الذي يستند عليه القاضي في اعتبار أن التقدير كان مفرطا , و بالتالي لا يمكن الاستناد إلى المعيار الشخصي لتقدير حالة الإفراط , و حسب رأيننا فإن المعيار الذي يمكن اعتماده هو معيار موضوعي يستند على فكرة الربح و الخسارة و هذا ما نصت عليه المادة 1/182 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : " إذا يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره .

و يشمل التعويض "**ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب**" , بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به , و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول " .

و منه يمكن القول أن الإفراط المقصود به في نص المادة 2/184 من القانون المدني , هو تلك الزيادة الكبيرة التي تصل إلى حد الإجحاف بحقوق المدين , بحيث أنها لا تتناسب مع الواقع و حقائق الأمور و تحدد المغالاة في تقدير الشرط الجزائي بوقت صدور الحكم , و ليس بوقت إبرام العقد .

و نجد أن المشرع المصري لم يستعمل نفس الصياغة التي استعملها المشرع الجزائري في نص المادة 2/184 من القانون المدني الجزائري , فبالرجوع إلى نص المادة 2/224 نجد أن المشرع المصري استعمل عبارة " **المبالغة الكبيرة** " , وبحسب رأينا فإن صياغة المادة 2/224 مدني مصري أكثر دقة من صياغة المادة 2/184 مدني جزائري , ذلك أن المبالغة الكبيرة أكثر دلالة و دقة من مصطلح الإفراط و نجد كذلك المشرع الفرنسي استعمال مصطلح المبالغة الواضحة في نص المادة

1152 مدني فرنسي , و هي كذلك صياغة أكثر دقة من صياغة المادة 2/184 مدني جزائري [1].

و بالنسبة للتشريع الفرنسي , فقد سمح المشرع الفرنسي بموجب التعديل الصادر بتاريخ 09 سبتمبر 1975 للقاضي أن يقوم بتعديل قيمة الشرط الجزائي , إذا ظهر له بصورة واضحة أنه مبالغ فيه أو تافه , و كل اتفاق مخالف يعتبر كأن لم يكن [2].

و قد صدرت عن محكمة النقض الفرنسية أحكام تؤكد ما جاء في نص المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي , ففي قرار صدر لها بتاريخ 15 نوفمبر 1995 جاء فيه :" بأن القاضي المختص بطلب تصفية قضائية مدنية , يستطيع بعد أن يتأكد من الطابع الأكيد و المستحق الأداء و الخال من النزاع للديون قبل عملية تحقيق الديون , استعمال سلطة التلطيف المنصوص عليها في المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي [3].

و في قرار آخر لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 25 ماي 1976 , قضت فيه بأن حق القاضي بتخفيض الشرط الجزائي يجب أن يختص بالحالة التي يكون فيها المدين حسن النية , و ليس في الحالة التي يمتنع فيها المدين عن تنفيذ التزامه العقدي [4].

و الحقيقة أن قرار محكمة النقض الفرنسية يتماشى مع منطق و غرض الشرط الجزائي فالقاضي حينما يقوم بمراجعة الشرط الجزائي , فإن مهمته تنحصر في منع الظلم و التعسف الظاهر , واضعا في اعتباره إرادة الأطراف , و مصالحهم , و حسن نية المدين – de la volanté des parties , des intérêts et de la bonne foi du débiteur - , و منه نرى أن معيار حسن النية معيار جدير بالأخذ في تخفيض قيمة الشرط الجزائي , ذلك أن الأخذ بهذا المعيار يجعل القاضي يبحث عن الظروف المحيطة بالعقد و المتعاقدين , و بناءا على ذلك يمكن استخلاص نية المدين الحسنة أو السيئة , و بناءا

---

(1) – تضمنت العديد من التشريعات المقارنة تعبيرات و صياغة أكثر دلالة للتعبير عن إرتفاع قيمة الشرط الجزائي ، فنجد أن القانون الإيطالي استعمل في نص المادة 1384 من القانون المدني الإيطالي عبارة " مبالغا فيه إلى درجة كبيرة " ، و كذلك القانون البولوني في نص المادة 142 من القانون المدني البولوني ، و قانون روسيا السوفيتية في نص المادة 2/1366 ، بينما استعملت تشريعات آخرى صياغة مخالفة ، فالقانون النمساوي و قانون الموجبات و العقود اللبناني استعمل عبارة " أن يكون فادحا" ، و في القانون الألماني استعمل عبارة " أن يكون مرتفعا بشكل مفرط " ، و في قانون العقود و الالتزامات السويسري استعملت عبارة "أن يكون متجاوزا الحد" . للتفصيل أكثر راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 487.

(2) - article 1152 c.c.f : « néanmoins, le juge peut même d’office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire, toute stipulation contraire sera réputée non écrite » .

(3)– راجع د / هدى عبد الله ، المرجع السابق ، ص 338.

(4) – المرجع نفسه.

على هذا, وكان من الأجدر على المشرع الجزائري أن ينص على ذلك طالما , أن تنفيذ الالتزام ينظر إليه من زاوية حسن أو سوء نية المدين , و هذا ما نصت عليه المادة 107 من القانون المدني الجزائري [1].

2 – **حالة التنفيذ الجزئي للالتزام** : قد يواجه الشرط الجزائي حالة التنفيذ الجزئي من طرف المدين و في هذه الحالة فإنه لا يكون من العدل إهدار هذا التنفيذ الجزئي بصورة كلية , و بالتالي فإنه من المعقول أن يقوم القاضي بتخفيض جزئي لمقدار التعويض المتفق عليه , و يؤسس الفقه هذا على أساس فكرة احترام إرادة المتعاقدين [2].

و لقد تضمنت التشريعات الثلاث النص على حالة التنفيذ الجزئي للالتزام , فقد نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 2/184 من القانون المدني , و أما المشرع المصري فقد نص عليه بموجب المادة 2/224 مدني مصري , و المشرع الفرنسي بموجب المادة 1231 مدني فرنسي ويتميز القانون الفرنسي عن القانون الجزائري و القانون المصري , في أن المشرع الفرنسي منح سلطة للقاضي الفرنسي أن يتدخل مـن تلقـاء نفسه دون أن يتقيـد بطلب الخصوم , علـى عكس الحـال لـدى القاضي الجزائري و القاضي المصري , إذ لا يمكنهما فعل ذلك إلا إذا طلب المدين , و أمكنه إثبات هذا الأمر , و إلا فإن طلبه لن يقبل , و لما ان تدخل القاضي للتخفيض من قيمة الشرط الجزائي , مقرر لفائدة المدين لهذا كان من الطبيعي أن يقع عليه عبئ إثبات حصول التنفيذ الجزئي , الذي يعتبر مناط التخفيض طبقا للقاعدة العامة التي تقضي , بأن البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر [3].

و نشير في هذا الشأن أن القاضي غير ملزم بطلب المدين , في حالة ما إذا أثبت هذا الأخير التنفيذ الجزئـي , ذلك أن القانون جعل التخفيض أمرا جوازيا للقاضي , يقدره في ضوء الظروف المحيطة و إن وجد أن ما تم تنفيذه من التزام كان تافها , أو لم يحصل منه الدائن على فائدة تذكر , فإنه لا يحكم بالتخفيض ذلك أن القاضي له سلطة تقديرية ليس فقط في استظهار الجزء الذي تم تنفيذه , بل به أيضا استظهار مدى الفائدة و الجدوى من هذا التنفيذ الجزئي بالنسبة للدائن [4].

و بالرجوع إلى نص 2/184 من القانون المدني الجزائري , والمادة 2/224 من القانون المدني المصري نجدهمـا أنهما ينطويـان على عقبة عملية , ذلك أن المـادتين و إن منحتا سلطة تخفيض قيمة

---

(1) – للمزيد راجع د / عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 485.

(2) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 812 .

(3) – راجع د / محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 221 .

(4) V. Demogue ; op-cit, p 522 : « l’exécution partielle qui permet de réduire la clause pénale est uniquement celle qui est profitable au créancier, du fait le juge a un pouvoir souverain pour décider que si l’exécution a été partielle et aussi si elle profit au créancier ».

الشرط الجزائـي , إلا أنهما لم يحددا المعيــار الذي يستند عليه القاضـي في تخفيض قيمة الشرط الجزائري , على عكس المشرع الفرنسي إذ حدد في نص المادة 1231 مدني فرنسي المعيار الذي يستند عليه القاضي في تخفيض قيمة الشرط الجزائي , و بالتالي تكون نسبة التخفيض بنسبة المصلحة التي تعود على الدائن , فعلى القاضي أن يقـوم بتخفيض قيمــة الشرط الجزائـي استنـادا إلى المصلحة المحققة , و ليس إلى ما تم تنفيذه , فقد ينفذ المدين جزءا كبيرا من التزامه , و لا يعود هذا بفائدة كبيرة على الدائن , و بالمقابل قـد ينفذ المديـن جزءا يسيرا مــن التزامه , و لكنه يعود بفائدة كبيرة على الدائن و منه فإن الأخذ بهذا المعيار يتفق مع فكرة تحقيق العدالة , و يقترب إلى حقيقة تفسير نية المتعاقدين .

**و أخيرا فإن تخفيض قيمة الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي تخضع لبعض الشروط نذكرها بإيجاز :**

**أ** – أن يكون الالتزام قابلا للتجزئة : و يعبر عن هذا أنه لا تخفيض حين تنعدم إمكانية تجزئة الالتزام الأصيل .

**ب** – يجب أن يحقق التنفيذ الجزئي مصلحة للدائن.

**ج** – أن يقبل الدائن تنفيذ الالتزام ابتداء و انتهاء : و معنى هذا أن لا يمكن للمدين إجبار الدائن على قبض جزء من الالتزام حتى و لو كان قابلا للتجزئة , و القول بغير هذا الوجوب يعني أن يعمد المدين إلى سداد جزء من التزامه للدائن , لكي يتفادى دفع الجزاء بالكامل , و هذا ما يؤدي إلى توقف العقود قبل اكتمالها , مما يسبب أضرارا و ينال من إرادة المتعاقدين .

## المطلب الثالث

## سلطة القاضي في زيادة قيمة الشرط الجزائي

على خلاف ما تضمنه المادة 2/184 من القانون المدني الجزائري , فقد تضمنت المادة 185 من نفس القانون على حالة رفع من قيمة الشرط الجزائي , ذلك أن الأصل المقرر في هذه المادة أنه لا يجوز كقاعدة عامة رفع من قيمة الشرط الجزائي , إلا أنه و استثناءا و بتحقق شروط معينة يمكن للدائن في حالة الغش أو الخطأ الجسيم أن يطلب من رفع قيمة الشرط الجزائي , و هذا وفقا لمضمون المادة 185 التي تنص على : " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد **ارتكب غشا** أو **خطأ جسيما** " , و تقابلها المادة 225 من القانون المدني المصري , بينما نجد أن المشرع الفرنسي لم يتضمن النص على هذه الحالة و بالمقابل منح المشرع الفرنسي سلطة للقاضي يمارسها من تلقاء نفسه , في رفع قيمة الشرط الجزائي متى تبين له بأنه زهيد بالمقارنة مع قيمة الالتزام الأصلي .

و عليه يستخلص من المادة 185 مدني جزائري , و المادة 225 مدني مصري أن زيادة قيمة الشرط الجزائي مقرون إما بغش المدين , أو خطئه الجسيم , و بالتالي إذا تبين عكس مما تقدم , أن التعويض ليس مبالغا فيه بل هو أقل من الضرر الواقع , فليس للقاضي أن يزيده , بل يحكم فيه على اعتبار أن الشرط الجزائي في هذه الحالة يعتبر تخفيف للمسؤولية [1].

و ينبني على هذا أنه إذا زاد الضرر عن التعويض المقدر , و لكن الدائن أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيم , ففي هذه الحالة لا يمكن التخفيف من المسؤولية , و يترتب على هذا أن القاضي يزيد في مقدار التعويض حتى يصبح معادلا للضرر الذي وقع , و لا يقيد القاضي في مثل هذه الحالة أن الشرط الجزائي مقدر مسبقا من طرف المتعاقدين , فإن الدائن في اتفاقه على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطئه الجسيم .

و يقتضي تنفيذ العقد أن يتم وفقا لما تم الاتفاق عليه و بحسن نية , و منه متى أثبت الدائن سوء نية المدين , كأن يمتنع المدين عن القيام بتنفيذه رغم قدرته على القيام بذلك , مكتفيا بدفع قيمة الشرط الجزائي , و منه فإن التسليم بهذا الأمر يفرغ الشرط الجزائي من محتواه , و يجعله وسيلة غير فعالة لتحقيق التنفيذ العيني , و بالتالي فمقتضى إعمال قواعد العدل و الإنصاف أن لا يترك المدين على هواه طالما أن هناك قدرة على التنفيذ .

و بالتالي فإنه يتعين على القاضي أن يتدخل بناءا على طلب الدائن ليرفع قيمة الشرط الجزائي كجزاء على غش المدين أو خطئه الجسيم , و على القاضي أن يستخلص نية المدين الحسنة أو السيئة من خلال الظروف المحيطة بالعقد ، و يجب كذلك على الدائن أن يثبت غش المدين أو خطئه الجسيم فإذا لم يفلح في ذلك فإن القاضي لا يحكم له بما طلبه , كما أنه بالمقابل يمكن للمدين أن يتخلص من هذا الإدعاء بأن يثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى ظروف خارجة عن إرادته أو أن يثبت أنه لم يرتكب أي خطأ في تنفيذه للالتزام , فهنا يحرم الدائن من طلبه في زيادة الشرط الجزائي .

و على القاضي أيضا في حالة ما إذا استجاب لطلب الدائن أن يسبب حكمه , و يحدد الأسباب التي دفعته إلى زيادة قيمة الشرط الجزائي .

و قد ثار جدال فقهي في فرنسا في هذا المجال , فذهب البعض إلى ضرورة رقابة محكمة النقض الفرنسية في حالة تعديل القاضي للشرط الجزائي , على اعتبار أن هذا الأمر هو مسألة قانونية , بينما

(1) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 819 .

ذهب فريق أخر إلى عكس ذلك , و اعتبار أن المسألة هي مسألة واقع , و بالتالي ليست محكمة النقض مهيأة للنظر فيها , و تؤدي رقابة محكمة النقض الفرنسية إلى عرقلة سلطة العدالة لقضاة الموضوع و بسط الرقابة في هذا المجال , تقتضي إجراء مقارنة بين مبلغ الجزاء و الضرر الفعلي , و أن العنصر الجوهري في هذه المقارنة هو عنصر الضرر الذي يختص قضاة الموضوع بتقديره (1).

و هذا ما جعل محكمة النقض الفرنسية تقصر رقابتها على الأساس القانوني بإلزام قضاة الموضوع حال مراجعة قيمة الجزاء ببيان الأسباب التي دعتهم إلى رفع أو تخفيض قيمة الشرط الجزائي , و منه نحن نميل إلى هذا الاتجاه , و نعتقد أن هذا هو الاتجاه المعمول به في كل من الجزائر و مصر .

و يقتضي تدخل القاضي وجود زيادة في الضرر مقارنة بالشرط الجزائي , ولكي يمكّن من ذلك على الدائن إثبات مقدار الضرر الذي لحق به.

**والسؤال الذي يتبادر في هذا الشأن , على أي أساس تبنى مسؤولية المدين في هذه الحالة ؟**

و هناك من ذهب إلى تأسيسها على فكرة الخطأ التقصيري استنادا على أن الضرر الناشئ غير متوقع وقت التعاقد ونحن من جانبنا نرى بان هذه الحجة غير كافية خاصة وان المشرع في نص المادة 182 من القانون المدني قد وسع من مجال الضرر ليشمل الضرر غير المتوقع في المسؤولية العقدية إذا ارتكب المدين غشا أو خطا جسيما وهي الحالة التي نحن بصددها .

---

(1) – راجع د / محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 249 .

# المبحث الرابع

# الوسائل القانونية و الإجرائية الأخرى لضمان للتنفيذ العيني

تعد فكرة الضمان العام فكرة جوهرية في مجال التنفيذ , فانطلاقا من القاعدة القانونية التي تقضي بأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بالتزاماته –gage commun– , و لا مجال للخلط هنا بين الضمان العام للدائنين , و فكرة التأمين الذي يقع على مال معين لمصلحة أحد دائنيه , فيقدمه على غيره من الدائنين , و عليه و على عكس هذا ففي الضمان العام يتساوى كل الدائنين , إلا من كان له تأمين خاص كما سبق ذكره (1).

و الضمان العام يخول للدائنين أن يستوفوا حققوهم من هذا المال , و لهم أن يتخذوا على هذه الأموال طرقا تحفظية أو طرقا تنفيذية , و طرقا هي وسطا بين الطرق التحفظية و التنفيذية , و ما يعننا بالدرجة الأولى في هذا الجزء من الدراسة هو الطرق الوسطى , على اعتبار أننا سنتطرق بنوع من الإسهاب و التفصيل في الطرق التحفظية و الطرق التنفيذية في الباب الثاني من هذه الدراسة (2).

و مما سبق ذكره – هناك طرق وسطى بين التحفظية و التنفيذية , فالطرق الوسطى ليست مقصورة على التحفظ على الأموال كما هو الشأن في الطرق التحفظية , و لا هي تنفيذية تؤدي مباشرة إلى استيفاء الدائن لحقه , بل هي بين و بين , فهي أقوى من الطرق التحفظية إذ تعتبر تمهيدا للتنفيذ وهي أضعف من الطرق التنفيذية , إذ أن التنفيذ يعقبها و لا يستغرقها (3).

و هذه الطرق ترد جميعها إلى أصل واحد هو الذي تقدم ذكره , من أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بالتزاماته , و تكون الوسيلة المستعملة من طرف الدائن في مراقبة ما دخل و ما خرج من الذمة المالية لمدينه عن طريق الدعوى .

و إذا كان الأصل في الدعوى القضائية هي حماية الحق , و هـذا أمر مسلم به فإنها بالمقابل لها دور

---

(1) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 871 .

(2) – تعتبر فكرة الضمان العام إحدى نتائج نظرية الذمة المالية ، إذ تعرف الذمة المالية بأنها مجموع من الحقوق الموجودة أو القابلة للوجود ، و كمجموعة من الالتزامات الموجودة أو التي توجد لدى شخص ما ، هذا ما يترتب عليه أن للدائنين الحق على جميع هذه الأموال ، و ليس على مال معين بالذات .

(3) المرجع السابق ، ص 872 .

أخر و هو ضمان التنفيذ العيني , و قد تولى القانون المدني تعداد الدعاوى التي يمكن أن يمارسها الدائن لضمان تنفيذ التزامات مدينه , و هذه الدعاوى هي الدعوى المباشرة و غير المباشرة , والدعوى البولصية و الدعوى الصورية .

و يرفع الدائن هذه الدعاوى ، إما ليباشر بنفسه حقوق مدينه في حالة تهاون أو غش هذا الأخير أو أن يطعن في تصرف مدينه ليجعله غير نافذ , أو أن يدفع الدائن عن نفسه غش المدين , و منه فالدائن في هذه الدعاوى الثلاث يهدف الى ان يستبقي مال المدين في ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه .

و إلى جانب هذه الدعاوى استحدثت القانون المدني وسيلة اخرى تكفل تنفيذ الالتزام , و هي الحق في الحبس , و هذا أيضا إجراء وسط بين التحفظي و التنفيذي , فهو أقوى من التحفظي لأن الدائن يتخذه تمهيدا للتنفيذ عليه , و بالمقابل هو أضعف من التنفيذي لأن الدائن لا يستطيع الوقوف عند حبس مال المدين ليستوفي حقه , بل عليه بعد ذلك أن يستوفي إجراءات التنفيذ على المال[1].

**و للدائن وسائل أخرى تحقق له التنفيذ العيني** , يمكنه أن يباشرها حتى يحقق أكبر قدر من الضمان , و لعل هذه الوسائل هي أكثر ديناميكية من الدعاوى و هو الحق في الحبس , و هذه الوسائل هي وسائل قانونية إجرائية نص عليها القانون المدني , إلا أنها تخضع في مجملها إلى القانون الإجرائي و تجدر الإشارة في هذا المجال , أن القانون الإجرائي تطرق بصفة عرضية و محتشمة لوسائل التنفيذ العيني للالتزام , و هذا حتى لا نقول أن القانون الإجرائي أهمل بشكل لافت للانتباه تنظيم احكام التنفيذ العيني , و اقتصر على تنظيم احكام التنفيذ على الأموال .

و نجد أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد , قد تطرق إلى أحكام التنفيذ العيني بموجب المواد 621 -623-624-625 , و ما يمكن ملاحظته في سياق قراءة و تحليل هذه المواد , أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لم يولي اهتمام كبير لأحكام التنفيذ العيني للالتزام , وهذا بالمقارنة مع أحكام التنفيذ عن طريق الحجز , فعلى سبيل المثال لم يتطرق القانون الجديد إلي تنظيم أحكام الطرد l'expulsion , أو أحكام الحجز الإستردادي , و تعتبر هذه الصور من التنفيذ من أبرز التطبيقات لمبدأ التنفيذ العيني , و عليه فلا نجد نصوصا واضحة تنظم بشكل مفصل أحكام الطرد من المساكن , فقد تضمنت المادة 624 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بوجه عام النص على ذلك بنصها : ' إذا كان التنفيذ متعلقا بإلزام المنفذ عليه بتسليم عقار أو التنازل عنه أو تركه , تنقل الحيازة المادية لهذا العقار إلى طالب التنفيذ " .

---

(1) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء الثاني المرجع السابق ، ص 876-877 .

و أما بالنسبة للحجز الإستحقاقي فقد نصت عليه المادة 626 من نفس القانون , و منه يتضح أن هذه النصوص القانونية لم تتطرق بشكل تفصيلي لأحكام التنفيذ العيني للالتزام .

و نجد نفس هذه الحالة في قانون المرافعات المصري , إذ لم يتضمن قانون المرافعات المصري أحكام خاصة تنظم التنفيذ العيني للالتزام , هذا ما يستدعي الاستعانة بالأحكام العامة لإمكانية التنفيذ العيني للالتزام .

و على خلاف التشريع الجزائري و التشريع المصري , فقد تضمن القانون رقم 91-650 الصادر بتاريخ 09 جويلية 1991 المتضمن تعديل أحكام الإجراءات المدنية الفرنسي للتنفيذ نصوصا قانونية تنظم التنفيذ العيني للالتزام , و حسب النظرة الأولى لنصوص هذا القانون يتضح أن أحكام التنفيذ العيني تشبه – الأبوين الفقرين les parents pauvres– في مجال التنفيذ , إلا أن هذا لا يعني عدم وجود نصوص قانونية تنظم صورا من التنفيذ العيني , و انطلاقا من المادة الأولى من القانون السالف الذكر التي تنص على : " يجوز لكل دائن وفق الشروط التي يحددها القانون , أن يجبر مدينه المتقاعس على تنفيذ التزامه " , و منه فإن الإجراءات التي تضمنها هذا القانون هي كافية لتحقيق نوعا ما لتحقيق مبدأ التنفيذ العيني إذ العبرة في هذا التنفيذ ليست غل يد المدين قصد التنفيذ على امواله , و لكن الغاية منها هي إعادة شيء منقول أو عقار , و كذلك أداء خدمة ما , و المهم في كل هذا ليس أن يتضمن القانون مجموعة متعددة من الإجراءات , بل الأهم هو أن تكون هذه الإجراءات فعالة , و هذا ما تضمنه القانون الصادر في 09 جويلية 1991 , إذ نص على أحكام الطرد من المساكن بموجب المواد 61 إلى المادة 66 منه , و كذلك تضمن أحكام الحجز الإستردادي بموجب المادة 56 [1].

و عليه تسمح هذه المواد بتحقيق التنفيذ العيني للالتزام , و أما بالنسبة لباقي صور التنفيذ العيني فيمكن استعمال الطرق غير المباشرة التي سبق الحديث عنها , لحث المدين على تنفيذ التزامه .

و منه يتضح أن القانون الفرنسي قد أعطى أهمية لتحقيق مبدأ التنفيذ العيني , على عكس التشريع الجزائري و التشريع المصري اللذان تضمنا بعض الإجراءات المتعلقة بتنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ولكن بصورة عرضية و ليس بصورة تفصيلية , و بالتالي كان من الأجدر و الأحسن الإقتداء بما سار عليه المشرع الفرنسي في هذا الشأن .

و ستناول بيان ذلك بشيء من التفصيل في المطالب التالية :

---

(1) - julien coulet , op-cit , p 638 .

## المطلب الأول

## الحق في الحبس

تعتبر نظرية الحق في الحبس من مبتكرات القانون الروماني , و قد تولى القضاء الروماني تهذيبها و تطويرها ضمن نطاق الدفع بالغش , مجيزا لمن أقام أبنية في ملك الغير حق حبس هذه الأرض في يده إلى أن يدفع له صاحب الأرض نفقات الإنشاء , فإذا أراد مالك الأرض أن يسترد أرضه أعطى البريتور الروماني للحائز دفعا بالغش – exceptio doli– يدفع به دعوى الاسترداد (1).

و قد كان يتم إعمال الحق في الحبس في العقود الملزمة لجانبين , إذ هي كلها تنطوي على حسن النية في التعامل , و لم يقتصر على النوع من العقود , فقد أجاز البريتور الدفع بالغش في العقود الملزمة لجانب واحد كعقد الوديعة على سبيل المثال .

و لقد انتقل هذا المفهوم إلى القانون الفرنسي القديم , إلا أنه لم يكن ثابتا , إلى أن أخذ به الشراح وخصوصا رجال الكنيسة الذين استعملوا لتحديده العبارة اللاتينية الآتية :" excepio on adimleti contractus " , و هذا ما يرادف في القانون الفرنسي الدفع بعدم التنفيذ .

و منه فإن رجال الكنيسة هم من استخلص مبدأ الترابط بين اللالتزامات المتقابلة الناشئة عن علاقة قانونية واحدة –des règles corrélatifs – , و بنوا على هذا المبدأ أن أيا من الطرفين لا يجبر على القيام بالتزامه نحو الطرف الأخر ما لم يقم بالالتزامات المترتبة عليه , إلا أن هذه النظرية تلاشت بظهور مدرسة فقهية جديدة , ردت الحق في الحبس الى حالات معينة مذكورة على سبيل الحصر و ليس لها نظرية عامة , هذا ما أدى إلى طمس هذه النظرية , و مما زاد على اختفاء فكرة الحق في الحبس ظهور نظرية الفسخ , و هذا ما أدى ببعض الفقه إلى اعتبار الحق في الحبس حقا عينيا (2).

---

(1) – راجع د / الياس ناصف ، موسوعة العقود المدنية و التجارية ، الجزء الخامس ، تنفيذ العقد ، دار الحكمة للنشر ، الطبعة الأولى ، ص 259 .

و راجع أيضا د / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 1042 .

(2) – يعتبر مؤسس هذه النظرية الفقيه الفرنسي الكبير " كوجاز " Cujasإذ يتمسك بالمؤسسات القانونية الرومانية ، مما أدى إلى تضييق نطاق الدفع بعدم التنفيذ ، و قد سار تلامذته الفقيه دوما Dumas ، و الفقيه بوتييه Pothier على حذوه و لم يضعا قاعدة عامة للدفع بعدم التنفيذ .

و قد ظل هذا الوضع على ما هو عليه في القانون الفرنسي , الى أن جاء الفقيه " سالاي " في بداية القرن العشرين , و أرسى من جديد معالم هذه النظرية متأثرا بالفقه الألماني من جديد , إلا أن هذا الأمر لم يكن سهلا , إذ ثار جدال فقهي كبير حول طبيعة هذا الحق , ومنهم من ذهب إلى القول بأنه لا يعتبر حقا عينيا , إذ هو يفتقد المقومات الأساسية للحقوق العينية , إذ لا ينطوي هذا الحق على الحق في التقدم , و لا على الحق في التتبع , و لا هو خاضع لإجراءات الشهر , و يعتبر هذا الفريق الغالب في الفقه الفرنسي (1).

و أما بالنسبة للشريعة الإسلامية الغراء فقد أقرت نظرية الحق في الحبس في حالات معينة وجعلت لصاحبه امتياز على غرمائه , و نجد أن الشريعة الإسلامية قد أقرت بتطبيقات الدفع بعدم التنفيذ في العقود و في غير العقود , ففي مجـال العقود على سبيل المثـال نجد تطبيقات المبدأ في عقود البيع و الإجارة , و الوكـالة و الرهن و حتى الزواج , بينما في غير العقود نجد تطبيقاتها في اللقطة والغصب و الملكية (2).

و على الرغم من هذا , يرى بعض الفقهاء المسلمين المعاصرين , أن الشريعة الإسلامية تجهل مفهوم الدفع بعدم التنفيذ , و ذلك لأنهـا لا تعرف مبدأ الارتباط بين الالتزامـات الناشئة عن العقد الملزم للجانبين , و لكـن هذا الرأي محل نظر , و ذلك لأن قاعدة الدفع بعدم التنفيذ لا تقوم على مبدأ الارتباط و التقابل بين الالتزامات , و إنما تقوم أيضا على القصاص و التكافؤ في الحقوق , و كذلك على مبدأ حسن النية و الوفاء بالوعود , والشريعة الإسلامية تحث على الوفاء بالوعود و على حسن النية في المعاملات .

و لقد تضمن القانون المدني الجزائري أحكام الحق في الحبس في نص المادة 200 منه , و أما المشرع المصري فقد نص عليها في المادة 246 من القانون المدني المصري , و عليه سنتطرق في هذا المطلب من خلال الفروع الثلاث إلى مفهوم الحق في الحبس و تطبيقاته في الفرع الأول , ثم نتطرق إلى الآثار المترتبة عليه في الفرع الثاني , و في الأخير إلى انقضاء الحق في الحبس في الفرع الثالث .

---

(1) – يمثل هذا الفريق كل من الفقيه بلانيول planiol ، و الفقيه ريبير Ripert ، و الفقيه جوسران Josserand ، و الفقيه هنري كبتان H.capitain .

(2)- Chafik chehata , études de droit musulman , volume 1 , édition puf Paris, 1971 , p 170 .

# الفرع الأول

# مفهوم الحق في الحبس و تطبيقاته

## أ ولا : تعريف الحق في الحبس

يعتبر الحق في الحبس من الوسائل القانونية التي تكفل للمدين اقتضاء حقه وهو حق مقرر لكل شخص يكون دائنا و مدينا في نفس الوقت , حيث يمتنع عن تنفيذ الإتزام المترتب عليه , في حالة ما إذا امتنع الطرف الأخر عن تنفيذ التزامه , و يرجع أساس هذا الحق إلى فكرة العدل و الانصاف التي تراعي جانب أصحاب الحقوق , و تمكنهم من استيفاء حقوقهم بروح المساواة , وتنفر من أن يسلم المدين ما في ذمته إلى غيره , قبل أن يستوفي ما له من حقوق في ذمة هذا الغير [1].

و لقد عرفت المادة 200 من القانون المدني الجزائري الحق في الحبس بنصها : " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مـادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه , و له علاقة سببية و ارتباط بالتزام المدين , أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .

و يكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه , إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية نافعة فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له , إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " , و أمـا المادة 246 من القانون المدني المصري فقد عرفته : " لكل مـن التزم بـأداء شـيء أن يمنع عـن الوفـاء به مادام الدائن لم يعرض الوفـاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المديـن و مرتبط به , أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه .

و يكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له , إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " .

و أما في القانون الفرنسي , فنجد عدة نصوص قانونية تنظم أحكام الحق في الحبس , إلا أن أهم هذه النصوص , هو نص المادة 2286 المعدل بموجب الأمـر رقم 2006-346 الصـادر بتاريخ 23 مارس 2006 و المتعلـق بالتأمينات ( التأمينات الشخصية و العينية ) , و قد نصت المادة السالفة الذكر

---

(1) – راجع د / الياس ناصف ، المرجع السابق ، ص 261-262 .

على ما يلي : " يمكن أن يمارس الحق في الحبس على الشيء :
1 – الشخص الذي تسلم الشيء إلى غاية سداد مستحقاته .
2 – الشخص الذي لم يستوفي مبلغ دينه , ناتج عن الالتزام بنقل الشيء .
3 – الشخص الذي لم لم يستوفي مبلغ دينه , و الذي نتج بسبب حيازته للشيء .
4 – الشخص الذي استفاد من رهن دون أن يفقد الحيازة .
يسقط الحق في الحبس في حالة التنازل الإرادي " (1).

**ثانيا** : **شروط الحق في الحبس** : ينشأ الحق في الحبس بتوافر شروط يمكن استخلاصها من نصوص القانون المدني و يمكن حصر هذه الشروط في شرطين أساسين و هما :

**الشرط الأول** : **تقابل الدينان** : و يقصد بهذا أن يكون كل طرف دائن و مدين في نفس الوقت , وينبني على هذا أن البائع دائن بالثمن و مدين بنقل الملكية والتسليم , و المؤجر دائن بالأجرة و مدين بتمكين المستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة , و يصح أن يكون محل الدين عملا أو امتناعا عن عمل , فالمقاول لا يبدأ العمل حتى يستوفي ما اتفق مع رب العمل على أن يعجل له من الأجر , و لا يصح أن يكون محل الدين ملكا عاما , استأجره شخص مثلا و انفق عليه , و يريد حبسه حتى يستوفي ما انفق , ذلك أن حبس العام غير جائز قانونا , و يترتب عليه تفويت المصلحة العامة التي خصص من أجلها هذا المال كما لا يصح أن يكون محل الدين شيئا غير قابل للحجز عليه في الدين المقابل (2).

و بالتالي لا يشترط أن يكون مصدر الحق في الحبس عقدا , فقد يكون مصدره عملا غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نصا في القانون , فإذا تصادمت سيارتان , و أصبح صاحب كل سيارة مدينا بالتعويض لصاحب السيارة الأخرى , و لم تتوافر شروط المقاصة القانونية في الدينين بأن كان أحدهما غير مقدر , جاز لمن كان دينه مقدرا أن يحبس هذا الدين حتى يستوفي حقه بعد تقدير الدين .

**الشرط الثاني** : **قيام الارتباط بين الدينين** : يقصد به أن تكون هناك علاقة تلازم بين الدين الذي يطالب به الحابس وبين الشيء المحبوس , و الارتباط إما أن يكون ارتباط قانوني –connexité juridique –

---

(1)- Article 2286 ccf : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : 1° Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ;
2° Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ;
3° Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ;
4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession.
Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire.

(2) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في القانون المدني , الجزء الثاني ، المرجع السابق , ص 1054 .
– و راجع د / الياس ناصف , المرجع السابق , ص 271 .

أو ارتباط مادي أو موضوعي –connexité matérielle , objective– فيكون الارتباط قانوني متى نشأ الدينان بسبب علاقة قانونية واحدة كالعقد مثلا , و يكون الارتباط مادي متى نشأ بمناسبة شيء وجد بيد الحابس شيئا على سبيل الوديعة , و أما الارتباط الموضوعي لا ينشأ عن علاقة تبادلية ما بين الدينين , بل عن واقعة مادية هي أن الشيء المحبوس , قد نشأ بمناسبته ومرتبطا به [1].

**ثالثا** : **نطاق الحق في الحبس** انقسم الفقه في تحديد نطاق الحق في الحبس إلى ثلاث نظريات فقهية و هي :

– **النظرية الأولى** : و قد ضيق أصحاب هذه النظرية من نطاق الحق في الحبس , حيث حصروه في عقود الرهن , أو في الحالات القائمة على وحدة المصدر أو الأصل المشترك , باعتبار ان إرادة الطرفين انصرفت الى ذلك وقت التعاقد , و لا يصح أن يتعدى أثر حق الحبس إلى غير ما قبلت به الإرادة الصريحة أو الضمنية .

– **النظرية الثانية** : تقوم هذه النظرية على أساس إطلاق الحق في الحبس و توسيع نطاقه , بحيث يشمل جميع الحالات التي يكون فيها الدائن حائزا لمال مدينه و لو لم توجد أية رابطة بين الدينين بل يكفي التقابل بينهما حتى يمكن إعمال الحق في الحبس .

– **النظرية الثالثة** : و هي نظرية توفيقية وسطى , تقوم على رابطة التلازم بين الدينين , بحيث تكون يكون الترابط شرطا جوهريا في استعمال الحق في الحبس .

---

(1) – راجع أ / دربال عبد الرزاق ، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري ، دار العلوم ، الجزائر ص 23–24 .

– و للتفصيل أكثر راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 1062–1063 .

## **الفرع الثاني**
## **بعض تطبيقات الحق في الحبس**

تتعدد تطبيقات الحق في الحبس فمنها ما هو منصوص عليه في القانون المدني , و منها ما لم ينص عليه القانون المدني , فنجد لها تطبيقات قانونية في نصوص قانونية متناثرة , و هي على كثرتها الأمر الذي يجعلنا نكتفي بذكر بعضها دون الأخر , ذلك أن القانون المدني قد وضع قاعدة عامة للحق في الحبس و بالتالي فيغني عنا التطرق غلى هذه القاعدة دون الحالات الخاصة , إلا أنه و لتعميم الفائدة و التعمق نوعا ما في الدراسة سنتولى ذكر بعض هذه التطبيقات :

**1 – مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد** : تنص المادة 123 من القانون المدني الجزائري على : " في العقود الملزمة للجانبين , إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء , جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه , إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما التزم به " , و تقابل هذه المادة من القانون المدني المصري نص المادة 161 , و هي بنفس صياغة , و أما في التشريع الفرنسي فقد نصت على ذلك المادة 1612 من القانون المدني الفرنسي , و يعتبر الدفع بعدم التنفيذ إحدى تطبيقات الحق في الحبس .

**2 – الحق في الحبس في عقود البيع** : تعتبر العقود الملزمة للجانبين من العقود التي يشيع فيها استعمال الحق في الحبس . و هذا راجع لتقابل الالتزامات , و لقد كفل القانون المدني لكل من البائع والمشتري ممارسة حق الحبس إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه .

**أ – حق البائع في حبس الشيء المبيع** : لقد خولت المادة 390 من القانون المدني الجزائري و تقابلها المادة 459 مدني مصري , و المادة 1612 مدني فرنسي , الحق للبائع أن يحبس الشيء المبيع , إذا لم يقم المشتري بالوفاء بالثمن , و قوام هذا الحبس هو الدفع بعدم التنفيذ , و يجب في هذه الحالة أن يكون دفع الثمن حالا و أن يتقاعس المدين عن فعل ذلك , كما أنه يجب أن لا يتناقض الحق في الحبس مع مقتضيات حسن النية و النزاهة في التعامل , أي أن لا يكون الجزء غير الموفى به قليل بالنسبة إلى ما تم الوفاء به .

**ب – حق المشتري في حبس الثمن** : لقد أجازت المادة 388 مدني جزائري , و تقابلها المادة 457 مدني مصري , للمشتري الحق في حبس الثمن , إذا تبين له وجود سبب جدي يخشى معه نزع المبيع تحت يده , فمجرد قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن و لو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي يتهدده [(1)].

---

(1) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 1069

**3 – الحق في الحبس في عقود الإيجار :** يتضمن عقد الإيجار كذلك التزامات متقابلة , فهو عقد ملزم للجـانبين , إذا لم يستوفي المؤجر الأجرة الحـالة كان له أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفيها و بالتالـي يمكـن للمؤجر أن يستعمل حقه فـي حبس الأثـاث و المنقولات , التي وضعهـا المستأجر بالعين المؤجرة , و قد نصت على هذا الحكم المادة 501 من القانون المدني الجزائري , و تقابلها المادة 589 مدني مصري و المادة 2102 مدني فرنسي و بغض النظر عما إذا كانت هذه المنقولات مملوكة للمستأجر أو لزوجه أو الغير , فيكفي تواجدها في العين المؤجرة حتى يتمكن المؤجر من ممارسة حق الحبس عليها .

**4– الحق في الحبس في عقود العارية و الوديعة :**

**أ – عقد العارية :** نشير أن القانون المدني لم ينص صراحة على ممارسة حق الحبس بصدد هذه العقود إلا أنه يمكن استخلاص ذلك , على اعتبار أنه تنشأ التزامات متقابلة , و بالرجوع إلى نص المادة 539 من القانون المدني الجزائري التي تنص على : ' العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك , ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين , على أن يرده بعد الاستعمال " .

و تقابل هذه المادة في التشريع المصري 637 مدني مصري , و هي تقريبا بنفس صياغة المادة 539 مدني جزائري , و أما المشرع الفرنسي فقد نص عليها في المادة 1875 مدني فرنسي .

و عليه يتضمن عقد عارية الاستعمال أن يعهد شخص لشخص أخر شيء غير قابل الاستهلاك ليستعمله في غرض معين أو لمدة معينة , ثم يعيد هذا الشيء المستعار عند انتهاء العقد وعلى المعير أن يعوض المستعير عن المصروفات , تطبيقا لقاعدة الحق في الحبس دون حاجة إلى نص خاص .

**ب– عقد الوديعة :** لقد عرفت المادة 590 من القانون المدني الجزائري عقد الوديعة :' الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه , على أن يحافظ عليه لمدة و على أن يرده عينا ".

و أما المادة 718 مدني مصري فقد نصت على : الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئا من أخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء و على أن يرده عينا " , و أما المشرع الفرنسي فقد عرف عقد الوديعة في نص المادة 1915 بنصها : " الوديعة عموما , عقد نتلقى بموجبه شيئا من الغير من أجل حراسته , و إرجاعه عينا " .

و هنا أيضا التزامات متقابلة فعلى المودع أن يعوض حافظ الوديعة عن المصروفات و عما لحق هذا من خسارة , فيجوز إذن لكل من المتعاقدين , تطبيقا لقاعدة الحق في الحبس , و دون حاجة إلى

نص خاص , أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفي حقوقه , و من ثم يجوز لحافظ الوديعة أن يحبس العين المودعة حتى يسترد المصروفات , أو يتقاضى التعويض بحسب الأحوال (1).

## الفرع الثالث
## انقضاء الحق في الحبس

تتعدد الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الحق في الحبس , و منه ما يمكن إرجاعها إلى انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي , و انقضائه بسبب أصلي , و عليه سنحاول التطرق إلى هذه الأسباب بنوع من الإيجاز و الاختصار :

**1 – انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي** : و يتضمن انقضاء الحق بسبب تبعي حالة واحدة و هي انقضاء الحق في الحبس بسبب انقضاء الحق المضمون به , إذ شرع الحق في الحبس لتأمين حق الحابس في ذمة مالك الشيء المحبوس , فإذا انقضى الشيء المحبوس انقضى بالضرورة , و بالنتيجة الحق في الحبس , و مثال ذلك أن يستوفي الحابس المصروفات التي انفقها على العين المحبوسة وبالتالي فلا مجال هنا لبقاء العين محبوسة في يده , بل يجب عليه ردها إلى المالك .

و ينقضي حق الحابس في ذمة مالك الشيء بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام , فقد ينقضي غالبا بالوفاء , و ينقضي بما يقوم مقام الوفاء كالتجديد و المقاصة و اتحاد الذمة , كما قد ينقضي الحق في الحبس بغير وفاء , كأن يبرأ الحابس مالك الشيء , أو كما لو سقط حق الحابس لاستحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي , و عليه و في جميع الحالات يسقط الحق في الحبس لزوال موضوعه , و يسترد المالك الشيء المحبوس .

**2 – انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي** : ينقضي الحق بالحبس بطريق أصلي وفق أربع حالات و هي , تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس , أو بهلاك العين المحبوسة , و ينقضي أيضا بعدم قيام الحابس بالتزامه بالمحافظة على العين المحبوسة أو بخروج الشيء المحبوس من يد الحابس.

**أ– تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس** : لقد تضمنت النص على هذه الحالة الفقرة الأولى من المادة 200 من القانون المدني الجزائري بنصها :" لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفـاء به ما دام الدائن لـم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه , و له علاقة سببية و ارتباط بالتزام المدين

(1) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء الثاني المرجع السابق ، ص 1080 .

أو ما دام لم يقدم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا " و يقابل هذه المادة في التشريع المصري 246 من القانون المدني المصري بنصها : " لكل من التزم بأداء شيء يمنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين و مرتبط به , أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه ", و عليه فإن الغرض من حق الحبس هو تأمين الحابس على حقه في ذمة المالك , فإذا استطاع المالك أن يقدم له تأمينا كافيا , كالكفالة و الرهن على سبيل المثال , لم يعد هناك داع في الاستمرار في حبس العين , و في حالة عدم الاتفاق على كفاية التأمين فيرجع الأمر للقاضي لتقدير مدى كفاية التأمين الذي قدمه المالك [1].

**ب- هلاك العين المحبوسة** : بطبيعة الحال يترتب عن هلاك العين المحبوسة انقضاء الحبس بداهة و الهلاك إما أن يكون بفعل الحابس و خطأه , أو أن يكون بفعل الغير أو السبب الأجنبي , ففي الحالة الأولى يكون على الحابس أن يعوض المالك بقيمة الشيء المحبوس , و أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبي ففي هذه الحالة فإن الحابس غير ملزم بالتعويض , و لا يحق للدائن الحابس أن يطلب من المدين استبدال الشيء الهالك بغيره [2].

و لقد أتاح المشرع الجزائري للحابس أن يتخذ من الاحتياطات اللازمة للمحافظة على الشيء المحبوس , و قد أجازت المادة 201 / 3 مدني جزائري بيع الشيء المحبوس بناءا على إذن من القضاء حيث نصت المادة السالفة الذكر على : " و إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك , أو التلف فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء ببيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها في المادة 971 , و ينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه " .

و تقابل هذه المادة في التشريع المصري نص المادة 247 / 3 و التي نصت على : " إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف , فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها في المادة 9111 , و ينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه " و تعتبر هذه الحالة مجرد تطبيق لمبدأ الحلول العيني الذي يقوم على فكرة التخصيص –affectation spéciale – , فالعين المحبوسة قد خصصها القانون لضمان دين , فما يحل محلها من مقابل يخصصها أيضا لهذا الضمان [3].

---

(1) – راجع د / الياس ناصف ، المرجع السابق ، ص 271 .

– و راجع أيضا د / عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1100 .

(2) – راجع د / الياس ناصف ، المرجع السابق ، ص 346 .

– و راجع أيضا د / عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1103 .

(3) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه .

ج- **إخلال الحابس بالتزامه بالمحافظة على العين** : يقتضي حبس الشيء المحافظة عليها ببذل عناية الرجل العادي , و في حالة ما إذا أخل الحابس بهذا الحق إخلالا خطيرا , جاز للمالك أن يطلب من القضاء إسقاط حقه في الحبس , و ذلك لتقصيره أو تعسفه في استعمال هذا الحق , و لم تنص المادة 2/201 مدني جزائري صراحة على هذا الحكم – تقابلها المادة 247 / 2 مدني مصري , إلا أن هذا يتحقق تطبيقا لمبدأ العدالة .

د- **خروج العين طوعا من يد الحابس** : تضمنت المادة 202 /1 مدني جزائري أن خروج الشيء المحبوس من يد الحابس طواعية يترتب عليه انقضاء حقه في الحبس , و مؤدى ذلك أن هذا الأخير قد تخلى بإرادته عن حقه في حبس العين , و عليه فقد نصت المادة السالفة الذكر على : " ينقضي الحق في الحبس بخروج الشـيء مـن يد حائزه أو محرزه " – يقابلهـا الفقرة الأولى من المادة 248 مدني مصري – .

و إذا كان خروج الشيء طوعـا من يد حائزه يفسر على أنه تنـازل عن حقه في الحبس , فـإن خروج هـذه العين عنوة أو خلسة , أو بالقوة رغم معارضـة الحابس لا يترتب عليه انقضـاء الحق في الحبس , و لا يمكن أن يفهم منه أنه نزل عن هذا الحق , فإذا اختلس المالك أو شخص أجنبي العين من يد الحابس خفية أو اغتصبها عنوة , أو أخذها بالرغم من معارضة الحابس ,فإن حقه لا يزول , و له أن يسترد حيازة العين , بشرط أن يطلب ردها في أقصر الأجلين , إما قبل انقضاء ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج العين من يده , و إما قبل انقضاء سنة من وقت خروج العين من يده .

و قد تضمنت المادة 202 /2 مدني جزائري النص على هذا الحكم بقولها : " غير أنه لحابس الشيء إذا خرج من يده بغير علمه أو بالرغم من معارضته , أن يطلب استرداده إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده ما لم تنقضي سنة من وقت خروجه".

و أما المشرع المصري فقد نص على حالة خروج العين من يد الحابس , إلا أنه لم ينص على حالة الغصب , و نص فقط على حالة خروج العين بدون علم الحابس , إذ نصت المادة 2/248 على : " و مع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا هو قام بهذا الطلب خلال الثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده و قبل انقضاء سنة من وقت خروجه " , و منه نرى أن المشرع الجزائري قد وسع من الحالات طلب استرداد الشيء المحبوس إذا خرج دون علم أو إرادة حائزه , كما أن المشرع الجزائري استعمل أسلوب الجزم – غير أنه لحابس ......أن يطلب استرداده – بينما نجد أن المشرع المصري استعمل الأسلوب الجوازي – و مع ذلك يجوز ..– و عليه نرى أن المشرع الجزائري كان أكثر حرصا في تقرير الحماية للحابس من المشرع المصري .

## المطلب الثاني
## إخلاء الأماكن المشغولة

لقد رأينا في معرض دراستنا هذه أنه لتحقيق التنفيذ العيني يجب تمكين الدائن من الوسائل القانونية التي تخول له استيفاء حقه , أمام امتناع المدين و تعنته في تنفيذ التزاماته , و لما كانت الحماية التنفيذية مسألة جوهرية يقاس عليها مدى فعالية النظام القانوني , نجد أن أغلب التشريعات عنيت بتحقيق هذه الحماية من خلال البحث عن الحلول القانونية لمواجهة مشكلة عدم التنفيذ , و لكن بطريقة ترضي الدائن و بالمقابل لا تمس بشخصية المدين , لهذا نجد أن التشريعات الحديثة تسعى إلى تحقيق الموازنة بين هذين المتناقضين .

إلا أنه ليس كل طرق التنفيذ الجبري تحقق هذا النوع من الموازنة بين المصالح المتضاربة بين الدائن و المدين و في هذا المجال يعتبر الطرد من المساكن أو المحلات من طرق التنفيذ الأكثر صعوبة و ذلك لما لهذه الطريقة من مساس بشخص المدين و ممارسة القوة عليه , بالإضافة إلى النتائج غير الإنسانية التي تترتب على هذا , إذ يترتب عليه أن يصبح المدين و أفراد عائلته إن وجدوا مرميين على حافة الطريق و في العراء دون أن يكون لهم مأوى أخر يلتجئون إليه , و يخلق هذا مشكل اجتماعية وإنسانية قد تؤدي إلى تفكك العائلة و تشرد الأطفال , أو أنها توقع أثرا نفسيا عميقا في نفسية المدين (1).

و في المقابل فإن هذا الإجراء ضروري و لازم لتحقيق فعالية الأحكام القضائية التي تقضي بطرد المدين من الأماكن التي يشغلها , و بالتالي فعدم القيام بذلك يؤدي بشكل كبير إلى اختلال في النظام القانوني , في مقابل أن يؤدي التنفيذ الجبري المساس بشخص المدين , و كذلك حق المدين في السكن و الذي يعتبر حق من حقوق الإنسان (2).

---

(1) – voir dans se sens Roger Perrot – Philippe Théry , op-cit , p 615 .

(2) – لقد اعترف المجتمع الدولي منذ زمن بعيد بأن مسألة إخلاء المساكن بالإكراه مسألة خطيرة ، ففي عام 1976 لاحظ مؤتمر الأمم المتحدة للمستوطنات البشرية أنه ينبغي توجيه اهتمام خاص إلى " عدم القيام بعمليات إزالة كبرى إلا إذا كان صون المستوطنات و استصلاحها أمر غير ممكن ، و بشرط توفير أماكن أخرى لأهله .

و في عام 1988 في الإستراتيجية العالمية للمأوى حتى عام 2000 ، و التي اعتمدتها الجمعية العامة في قرارها 181/34 حيث تم الإقرار بما يلي :" بالالتزام الأساسي ( للحكومات ) المتمثل في حماية و تحسين المساكن و الأحياء ....بدلا من تدميرها أو إلحاق الضرر بها " ، و ورد في جدول أعمال القرن 21 أنه : " ينبغي حماية الناس بموجب القانون من الإخلاء الظالم من منازلهم و أراضيهم " ، و في جدول أعمال الموئل , عاهدت الحكومات أنفسها على : " حماية جميع الناس من عمليات الإخلاء القسري=

و عليه تنطوي عملية الإخلاء على عدة صعوبات , إذ هي تقوم على عدد من العمليات المادية بهدف إخلاء الأماكن سواء بإرادة الشخص , أو باستعمال القوة الطرد هذا ما قد ينجر عنه ردة فعل غير متوقعة هذا ما يستدعي في العديد من الحالات الاستعانة بالقوة العمومية , كما أن المحضر القضائي في كثير من الأحيان يستعين بأشخاص آخرين للقيام بعملية الإخلاء , كالاستعانة بمختص بالأقفال أو بأشخاص ليقوموا بنقل الأثاث , و في كل هذا جهد مبذول و زيادة في النفقات , و هذا ما يزيد في صعوبة مثل هذا النوع من طرق التنفيذ الجبري .

إن الإخلاء من المساكن هو إجراء شائع الاستعمال , فنجد أن العديد من التشريعات تسمح باللجوء إلى هذه الطريقة , و ما يلفت الانتباه و يثير نوع من الغرابة أن أغلب هذه التشريعات لم تتضمن نصوص قانونية صريحة تنظم عملية الطرد من المساكن , و منه سنحاول التطرق إلى دراسة هذا الأمر في كل من القانون الجزائري , و القانون المصري , بالإضافة إلى القانون الفرنسي حتى نتبين إذا تضمنت هذه التشريعات نظام خاص يعني بتنظيم إجراءات الطرد من المساكن .

إن أول النصوص القانونية عنيت بتنظيم أحكام التنفيذ الجبري هو الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 جويلية 1966 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم و باستقراء النصوص القانونية التي تنظم إجراءات التنفيذ لا نجد نصوصا قانونية خاصة تنظم عملية الطرد , و بالتالي ما جرى عليه العمل هو الاستناد إلى النصوص القانونية المتعلقة بالتنفيذ بوجه عام بحيث يستند على نص المادة 320 من قانون الإجراءات المدنية و التي تنص على : " يبلغ القائم بالتنفيذ المحكوم عليه بالحكم المطلوب تنفيذه , ما لم يكن قد أبلغ به و يكلفه بالسداد في مهلة عشرين يوما كاملة " .

---

=المخالفة للقانون ، و توفير الحماية القانونية منها و تداركها ، مع أخذ حقوق الإنسان في الاعتبار ، و في حالة تعذر تفادي عمليات الإخلاء ، ضمان توفير حلول بديلة ملائمة بحسب الاقتضاء " .

كما بينت لجنة حقوق الإنسان : " أن ممارسة الإخلاء القسري تشكل انتهاكا جسيما لحقوق الإنسان " غير أنه على الرغم من أهمية هذه البيانات فهي لا تتصدى لإحدى أكثر المسائل حسما ، ألا و هي مسألة تحديد الظروف التي تكون فيها حالات إخلاء الماسكن بالإكراه مباحا ، و تحديد أنواع الحماية المطلوبة لضمان مراعاة الأحكام ذات الصلة بالعهد .

- راجع في هذا الشأن تقرير "الموئل" , مؤتمر الأمم المتحدة للمستوطنات البشرية , "فانكوفر" 11 ماي 1976 , الفصل الثاني التوصية –ب 08 – الفقرة – ج –02 .

- تقرير لجنة المستوطنات البشرية عن أعمال دورتها الحادية عشر .

- تقرير مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالبيئة و التنمية ، "ري ودي جانيرو"– Rio de janero – 14 جويلية 1992 ، المجلد الأول ، المرفق الثاني جدول أعمال القرن 21 .

- تقرير الأمم المتحدة للمستوطنات البشرية ، "الموئل الثاني" ، المرفق الثاني جدول أعمال "الموئل" .

و من خلال استقراء نص المادة 320 من قانون الإجراءات المدنية القديم يتضح لنا أن المادة السالفة الذكر تتعلق بأحكام الحجز التنفيذي , إلا أن ما يجري عليه العمل في ظل الفراغ القانوني هو استعارة أحكام التنفيذ الجبري بصفة عامة .

و أما بالنسبة للوضع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لم يتضمن أحكاما صريحة تنظم إجراءات الطرد , و بالتالي فهل يعني هذا أن قانون الإجراءات المدنية يفتقد إلى تنظيم قانوني يؤطر أحكام الإخلاء من الأماكن المشغولة , و الجواب يكون بالتأكيد على خلو هذا القانون إلى نصوص قانونية صريحة تنظم أحكام الإخلاء , إلا أننا نرى أن هناك نصوص قانونية متناثرة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد يمكن الاستناد إليها لمباشرة إجراءات الإخلاء , و منه يمكن الاستناد إلى نص المادة 612 و المتعلقة بتبليغ التكليف بالوفاء , حيث نصت المادة السالفة الذكر على :" يجب أن يسبق التنفيذ الجبري , التبليغ الرسمي للسند التنفيذي و تكليف المنفذ عليه للوفاء , بما تضمنه السند التنفيذي في أجل خمسة عشر (15) يوم .

تطبيق في التبليغ الرسمي للتكليف للوفاء أحكام المواد 406 إلى 416 من هذا القانون ".

وكما يمكننا الاستناد إلى نص المادة 624 من نفس القانون و التي تنص على :" إذا كان التنفيذ متعلقا بإلزام المنفذ عليه بتسليم عقار أو التنازل عنه أو تركه , تنتقل الحيازة المادية لهذا العقار إلى طالب التنفيذ ".

و من خلال ما تقدم يمكننا القول أن **التشريع الجزائري** يفتقد إلى أحكام تنظم عملية الإخلاء من الأماكن , سواء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد , أو حتى في القانون المدني الجزائري لكن هذا لا يعني عدم اللجوء إلى هذا الإجراء كطريقة من طرق التنفيذ , بل بالعكس نجد العديد من الأحكام القضائية الصادرة سواء عن قضاة الموضوع , أو قضاة الاستعجال تقرر إخلاء الأماكن المشغولة و التي تم تنفيذها من طرف المحضرين القضائيين [1].

---

(1) – أنظر في هذا الشأن على سبيل المثال القرار رقم 206421 الصادر عن المحكمة العليا ، بتاريخ 1999.06.08 ، منشور في المجلة القضائية لسنة 2000 ، عدد 01 ، ص 115 ، و كذلك القرار رقم 218477 , الصادر بتاريخ 1989.04.30 المنشور في المجلة القضائية لسنة 1991 ، العدد رقم 04 ، ص 141 .

– تفيد بعض الإحصائيات لمصادر غير حكومية أن عدد حالات الطرد بلغ 694 حالة في الجزائر للفترة الممتدة من 06 جويلية 2008 إلى 23 جويلية 2009 .

– لقد جاء في تقرير "راكيل رولنك" المقررة الخاصة المعنية بالسكن اللائق كعنصر من عناصر الحق في مستوى معيشي مناسب و بالحق في عدم التمييز في هذا السياق :" تلقت المقررة الخاصة ، خلال زيارتها شهادات عديدة بشأن عمليات طرد نفذت في أغلب الأحيان بناء على قرارات قضائية صدرت عقب إجراءات استهلت بطلب خواص ضد المستأجرين ، و تلاحظ المقررة الخاصة في هذا الصدد أن إشكالية الطرد ترتبط ارتباطا وثيقا بضمان الحيازة القانونية للمستأجرين ، و بقدرتهم على الدفع =

**و أما بالنسبة للتشريع المصري** , فعلى غرار التشريع الجزائري لم يتضمن قانون المرافعات المصري أحكاما خاصة بالإخلاء من الأماكن المشغولة , إلا أنه و بالمقابل نجد بعض النصوص القانونية تتضمن أحكام متعلقة بإخلاء المساكن , فقد تضمنت المادة 18 من القانون رقم 136 لسنة 1981 في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير و بيع الأماكن و تنظيم العلاقة بين المؤجر و المستأجر , الحالات التي يجوز فيها للمؤجر طلب إخلاء الأماكن التي يشغلها المستأجر , و قد صدرت العديد من الأحكام القضائية تتضمن أحكام إلزام بإخلاء المساكن المؤجرة [1].

---

= و تعرب المقررة عن قلقها إزاء ظاهرة يبدو أنها تستفحل ، لاسيما مند اعتماد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد عام 2008 فبموجب هذا القانون يتولى قاضي الاستعجال الحكم في قضايا الطرد التي تعتبر أحوال استعجال ، و من ثم يفصل في هذه الدعاوى في أقرب الآجال ، و يجوز أيضا تخفيض آجال التكليف بالحضور في هذا الدعاوى إلى أربع و عشرين ساعة وعلاوة على ذلك يكون الأمر الإستعجالي معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن ، بحيث لا يكون موضوعه قابلا لا للطعن و لا للنقض و تفيد معلومات أطلعت عليها المقررة الخاصة بأن أسرا كان ينبغي إعادة إسكانها في إطار مشاريع التجديد الحضري أو القضاء على السكن الهش ، أصبحت يحكم الواقع ضحية للطرد لأنها استثنيت دون مبرر من عمليات إعادة الإسكان و لم تحصل على أي تعويض في هذا الصدد ، و قد أبلغ عن حالات من هذا القبيل في مختلف مدن البلاد .

و تشعر المقررة بقلق خاص إزاء ارتفاع عدد الأشخاص المطرودين الذين أصبحوا دون مأوى لأن الدولة لم تتخذ تدابير لإعادة إسكانهم أو لتعويضهم ، و تفيد المعلومات الواردة بحدوث عمليات طرد حتى في "هدنة الشتاء " التي تمتد من 15 نوفمبر إلى 15 مارس , و شملت أيضا مسنين تتجاوز أعمارهم ستين عاما , بينما يحظر القانون الجزائري بموجب المادة 507 من المرسوم التنفيذي الصادر بتاريخ 13 ماي 2007 ، الذي يكفل للمسنين الذين تتجاوز أعمارهم ستين عاما البقاء في المسكن وتشير المقررة الخاصة إلى المعايير الدولية القائمة فيما يتعلق بالطرد ، و لا سيما الالتزام بتمتع الأشخاص المتأثرين بعمليات الطرد بالحق في المساعدة القانونية ، و الوصول إلى العدالة , و كذلك الدعم فيما يتعلق بالمساعدة الإجتماعية و السكنية إذا كانوا أشخاصا محرومين ".

للإطلاع على التقرير الكامل راجع الربط الإلكتروني التالي :

http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-53-Add2_ar.pdf.

(2)- تنص المادة 18 من القانون رقم 136 لسنة 1981 على : " لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان , و لو انتهت المدة المتفق عليها في العقد إلا لأحد الأسباب الآتية :

- أ / الهدم الكلي أو الجزئي للمنشآت الآيلة للسقوط و الإخلاء المؤقت لمقتضيات الترميم و الصيانة وفقا للأحكام المنظمة لذلك القوانين السارية .

- ب / إذا لم يقم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تكليفه بذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول دون مظروف , أو بإعلان على يد محضر ، و لا يحكم بالإخلاء إذا قام لمستأجر قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى بأداء الأجرة ، و كافة ما تكبده المؤجر من مصاريف و نفقات فعلية .

و لا ينفذ حكم القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين بسبب التأخير في سداد الأجرة إعمالا للشرط الفاسخ الصريح إذا ما سدد المستأجر الأجرة و المصاريف و الأتعاب عند تنفيذ الحكم ، و بشرط أن يتم التنفيذ في مواجهة المستأجر .

فإذا تكرر امتناع المستأجر أو تأخره في الوفاء بالأجرة المستحقة دون مبررات تقدرها المحكمة حكم عليه بالإخلاء أو الطرد بحسب الأحوال .

(1) – راجع د / الأنصاري حسن النيداني ، التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، طبعة 2001 ، ص 18 .

و بالنسبة للوضع في فرنسا فتجب الإشارة أن قانون الإجراءات المدنية الفرنسية القديم لم يتضمن أحكاما تتعلق بالطرد من المساكن إلى غاية صدور قانون التنفيذ سنة 1991 , و ما كان يجري عليه العمل هو الاستناد إلى أحكام الحجز التنفيذي للقيام بعملية الطرد , و أما فيما يخص الإجراءات المتبقية فيرجع لكل واحد اتخاذ الإجراءات التي يراها مناسبة , هذا الأمر أدى إلى ظهور في مجال عملية الطرد عدة إجراءات , هذا ما جعل البعض يوصف هذه الإجراءات بالإجراءات الترقعية في مجال جد حساس و خطير , و هو الطرد من المساكن (1).

و بصدور القانون رقم 91-650 الصادر بتاريخ 9 جويلية 1991 , سد المشرع الفرنسي الفراغ القانوني الذي ساد مجال الطرد من المساكن , و نظمه بموجب المادة 61 إلى المادة 66 منه بالإضافة إلى النصوص التنظيمية , و ذلك بموجب المواد 194 إلى المادة 209 من المرسوم رقم 92-755 الصادر بتاريخ 31 جويلية 1992 , و إلى جانب هذين القانونين توجد نصوص قانونية أخرى تنظم أحكام الطرد , و ذلك بموجب المادة 613 / 1 من القانون المتعلق بالبناء و التعمير .

و عليه , و مما تقدم فنرى أن تعاطي التشريعات مع مسألة الطرد تختلف باختلاف السياسات التشريعية في كل دولة , و إذا كان كل من التشريع الجزائري و التشريع المصري لم ينظما أحكام الطرد بنصوص قانونية خاصة لسبب من الأسباب , رغم أن القضاء يقرر بهذا الإجراء و يحكم به ويعد هذا فراغا تشريعيا , كان من الأجدر على المشرع في كل من الجزائر و مصر أن يستدركا هذا الأمر و ينظما أحكام الإخلاء أو الطرد ضمن النصوص القانونية التي تنظم أحكام التنفيذ , و منه نرى أن المشرع الفرنسي كان صائبا حينما أدرج أحكام الطرد ضمن إجراءات التنفيذ .

و انطلاقا من هذا سنحاول التطرق إلى شروط إخلاء الأماكن المشغولة في الفرع الأول , ثم نتطرق إلى الإجراءات القانونية التي يقوم بها المحضر القضائي لتنفيذ عملية الطرد في الفرع الثاني , و في الفرع الثالث سنخصصه للتطرق إلى الآثار القانونية التي تترتب عن عملية الإخلاء .

و على اعتبار أن هناك فراغا تشريعيا في كل من الجزائر و مصر , سنحاول الاستعارة في هذه الدراسة من أحكام التنفيذ الجبري على الأموال , و كذلك على ما يجري عليه العمل من الناحية العملية كما سنحاول اعتماد نوع من المقاربة مع التشريع الفرنسي لتضمنه أحكام تنظم عملية الإخلاء والطرد.

---

(1) – voir Roger Perrot – Philippe théry , op-cit , p 617 .
- voir claude brenner , op-cit , p 06 .

## الفرع الأول
## شروط إخلاء الأماكن المشغولة

تعتبر عملية الإخلاء أو الطرد من المساكن عملية جد خطيرة و حساسة , و ذلك للجوانب السلبية التي تترتب عنها , هذا ما يجعل من شروط القيام بهذا الإجراء أكثر صارمة من غيره من طرق التنفيذ و منه فإنه لا يمكن إجراء الإخلاء دون وجود سند تنفيذي , بالإضافة إلى اتخاذ مقدمات التنفيذ من خلال توجيه إنذار بإخلاء الأماكن , و محاولة تنفيذ العملية بالطرق الودية إن أمكن ذلك , بالإضافة إلى هذا فإن لهذا الإجراء فترات محددة إذ لا يمكن إجراءه في كل الأوقات , و كذلك تدخل السلطة في بعض الأحيان في هذه العملية , و عليه سنحاول التطرق إلى هذه الشروط بنوع من التوضيح والإسهاب .

**<u>الشرط الأول</u> : <u>ضرورة وجود سند تنفيذي</u> :** بالرجوع إلى الفقرة الأولي من نص المادة 600 من ق.إ.م.إ.ج التي تنص على : " لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي " , و هو نفس الشرط في كل من القانون المصري و القانون الفرنسي (1).

إن مفهوم السند التنفيذي في مجال الإخلاء يختلف عنه في مجال التنفيذ بوجه عام , و بالتالي لا يصلح أي سند تنفيذي لمباشرة إجراء الإخلاء , فالسند التنفيذي الذي يصلح أن تباشر إجراءات الإخلاء بموجبه هو الحكم القضائي , و بالتالي فإن العقد التوثيقي الذي يعتبر سند تنفيذيا لا يمكن القيام بإجراءات الإخلاء بموجبه , و على حائزه أن يرفع دعوى أمام القاضي المختص الذي يفحص إما انتهاء مدة الإيجار أو فسخه , و من ثم يأمر بالإخلاء , و تظهر العبرة من هذا أن لا يترك مباشرة إجراء الإخلاء و هو إجراء خطير دون رقابة القضاء عليه (2).

و بالإضافة إلى هذا ، يجب أن يتضمن السند التنفيذي عناصر أساسية للقيام بعملية الإخلاء وتتمثل هذه العناصر فيما يلي :

**1**- يجب أن يتضمن الحكم أو القرار القضائي الإشارة الصريحة إلى الإخلاء , فإذا ما قرر القاضي بانتهاء مدة الإيجار أو فسخه دون أن يقرر الإخلاء , فلا يمكن مباشرة عملية الإخلاء بموجب هذا السند و إن كان من المنطق أن انتهاء عقد الإيجار يستتبعه الإخلاء لكنه من الناحية القانونية لا يمكن القيام بذلك , و بالتالي وجب الرجوع مرة ثانية أمام القضاء لطلب الإخلاء .

---

(1) – أنظر المادة 02 من القانون رقم 91-650 الصادر بتاريخ 9 جويلية 1991 .
– و المادة 280 من قانون المرافعات المدنية و التجارية .

(2) – voir Roger Perrot – Philippe théry , op-cit , p 619 .

2- يجب أن يكون الحكم أو القرار القضائي سندا تنفيذيا ممهور بالصيغة التنفيذية , فإذا كان الحكم صدر من الدرجة الأولى فيجب أن يستنفذ طرق الطعن , و يصير نهائيا أو أن يأمر بتنفيذه تنفيذا معجلا كما يمكن أن يكون الحكم القضائي أمرا استعجاليا صادر عن القضاء الإستعجالي , على اعتبار أن القضاء الإستعجالي مختص بإصدار أوامر بالإخلاء , إذا كان شاغل الأماكن بدون أي وجه حق أو سند قانوني .

3- يجب أن يحدد الحكم المتضمن طلب الإخلاء الشخص المراد طرده أو كل شاغل بإذنه , و ذلك لتفادي الإشكالات العملية أثناء مباشرة عملية الإخلاء .

**و في فرنسا** يمكن إجراء الإخلاء بموجب محضر صلح بين المؤجر و المستأجر على أن يخلي هذا الأخير الأماكن المشغولة بحلول أجل معين , و بالتالي فإن محضر الصلح الذي يصادق عليه القاضي يمكن أن يكون سندا تنفيذيا لمباشرة الإخلاء , و بالتالي فهو في نفس مرتبة الحكم القضائي وهذا ما نصت عليه المادة 61 من القانون رقم 91-650 الصادر بتاريخ 9 جويلية 1991 (1).

و بالاستناد إلى هذا يمكننا القول أنه يجوز إجراء الإخلاء من الأماكن المشغولة في التشريع الجزائري طالما أن بيد الدائن محضر صلح مصادق عليه , و بما أن محاضر الصلح هي سندات تنفيذية صالحة للتنفيذ , و بالأخص إذا ما تضمنت صلحا برد العين المشغولة , و نفس الأمر يمكن تطبيقه في القانون المصري (2).

**<u>الشرط الثاني</u> : <u>توجيه إنذار بإخلاء الأماكن</u>** : يتوجب على الدائن الذي يسعى إلى استيفاء حقه عن طريق التنفيذ الجبري أن يبادر إلى اتخاذ مقدمات التنفيذ عن طريق المحضر القضائي و ذلك بإعلان السند التنفيذي و تنبيه المدين بأنه إذا لم يقم بإخلاء الأماكن المشغولة خلال الأجل الذي يمنحه القانون فإنه سيصار إلى تنفيذ الحكم القضائي تنفيذا جبريا , و في هذا الإجراء لا يجب الخلط بين التبليغ العادي للحكم القضائي , و بين توجيه التنبيه بالإخلاء , فهذا الأخير هو الذي يعتد به لمباشرة إجراءات الإخلاء إذ من تاريخ التبليغ يبدأ احتساب المهلة التي تمنح للمدين للتنفيذ الاختياري , كما يتيح هذا التنبيه للمدين أن يسارع إلى طلب التأجيل إذا كان له حق في ذلك .

---

(1) – l’article 61 stipule : « sauf disposition spéciale , l’expulsion d’un immeuble ou d’un lieu habité ne peut être qu’en vertu d’une décision de justice ou d’un procès-verbal de conciliation exécutoire et âpres signification d’un commandement d’avoir a libérer les locaux , s’il s’agit de personnes non dénommées , l’acte est remis au parquet a toutes fins » .

(1) – بالرجوع إلى المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد تعتبر محاضر الصلح المؤشر عليها من طرف القضاة , و المودعة بأمانة ضبط المحكمة سندات تنفيذية ، ونفس الأمر في التشريع المصري إذ تعتبر محاضر الصلح التي تصادق عليها المحاكم أو مجالس الصلح سندات تنفيذية بموجب المادة 280 من قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري .

(2) – راجع د / الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 60 و ما يليها .

و بما أن محضر التنبيه بالإخلاء هو عقد شبه قضائي يتم توجيهه عن طريق المحضر القضائي وبالتالي يتوجب أن يتضمن هذا المحضر تحت طائلة البطلان البيانات التالية :

– ذكر السند التنفيذي الذي يتضمن إلزام بإخلاء الأماكن .

– تحديد التاريخ الذي يبدأ يجب على المدين أن يخلي فيها الأماكن .

– تنبيه المدين بالإجراءات التي سيتم اتخاذها في حالة عدم امتثاله للتنبيه .

ولقد تضمنت المادة 616 من ق.إ.م.إ البيانات التي يجب أن يتضمنها محضر التكليف بالوفاء تحت طائلة القابلية للبطلان , و نشير أن البيانات التي ذكرنها سابقا لم تتضمنها المادة 616 بالتحديد إلا أن طبيعة الإجراء المتخذ تستدعي بالضرورة أن يتضمنها محضر التبليغ و التنبيه بالإخلاء , كما تضمنت المادة 281 مرافعات مصري عن البيانات التي يجب أن يتضمنها محضر التكليف بالوفاء .

و أما بالنسبة للوضع في فرنسا , فإن محضر التنبيه بالإخلاء يجب أن يتضمن بالإضافة إلى البيانات التي ذكرنها , الجهات القضائية المختصة التي يمكن أن يطلب أمامها المدين منحه أجلا إضافيا وإذا كانت الأماكن المشغولة معدة للسكن , فإنه يتوجب أن يتضمن محضر التنبيه ذكر المادة 62 من القانون الصادر سنة 1991 , وكذلك المواد 1/613 و المادة 5/613 من قانون البناء والتعمير [(1)] .

**<u>الشرط الثالث</u> : <u>يجب أن يتم تنفيذ الإخلاء في الفترات المحددة قانونا</u>** : لقد أشرنا أن تنفيذ حكم الإلزام بالإخلاء من الأماكن المشغولة سواء كانت معدة للسكن , أو لغيرها من النشاطات أمر في غاية التعقيد و هو يحدث اضطرابات تمس الفرد أولا و حتى المجتمع , و لدواعي إنسانية فإن اتخاذ هذا النوع من التنفيذ يختلف عم بقية طرق التنفيذ , فإذا كان يمكن للدائن أن يوقع الحجز متى شاء إذا ما توافرت الشروط المطلوبة قانونا , فإن مباشرة عملية الإخلاء الجبري لا تكون في كل الأوقات , بل هناك فترات لا يجوز فيها طرد الأشخاص من المساكن الخاصة , ففي فترات الشتاء و البرد القارص لا يمكن القيام بهذه العملية , و عليه فإن المشرع الفرنسي قد نص على هذا صراحة بموجب الفقرة الثانية من المادة 61 من القانون السالف الذكر , إذ خول المشرع الفرنسي للقاضي أن يوقف تنفيذ الحكم بالإخلاء بناءا على طلب المدين , لأجل لا يجب أن يتعدى 3 ثلاثة أشهر في فصل الشتاء , أو في حالة ما إذا كان الإخلاء مرهقا للشخص المطلوب إخلائه [(2)].

---

(1) – voir Roger Perrot – Philippe théry , op-cit , p 622 .

(2) – l’article 61 / 2 stipule : « Lorsque l'expulsion aurait pour la personne concernée des conséquences d'une exceptionnelle dureté, notamment du fait de la période de l'année considérée ou des circonstances atmosphériques, le délai peut être prorogé par le juge pour une durée n'excédant pas trois mois ».

و بينما لا نجد حكما مشابها في كل من التشريع الجزائري و التشريع المصري , إلا أنه و بالنسبة للجزائر و في ظل الفراغ القانوني , فما يجري عليه العمل أن وزارة العدل توجه تعليمات لوكلاء الجمهورية بعدم منح التسخيرة العمومية لإجراء الإخلاء في فترات الشتاء , و في رأيينا و إن كان هذا الإجراء مقبولا من الناحية الإنسانية , فإنه غير مقبول من الناحية القانونية لأنه لا يستند إلى أي أساس قانوني , و عليه كان من الأجدر و الأحسن وجود نصوص قانونية تكفل للمدين هذا الحق .

## الفرع الثاني

## إجراءات الإخلاء من الأماكن المشغولة

يجب قبل مباشرة عملية الإخلاء أن يقوم المحضر القضائي بتوجيه تنبيه بالإخلاء , و منح المدين المهلة القانونية التي منحها أياه القانون , و قبل أن نتطرق إلى تحديد إجراءات الإخلاء تجدر بنا إبداء ملاحظتين حول مقدمات التنفيذ في التشريع الجزائري و التشريع المصري و بخاصة بالنسبة للتنبيه بالإخلاء و هما :

1- **الملاحظة الأولى** : لقد أشرنا سابقا أن كل من التشريع الجزائري و التشريع المصري لم يتضمنا أحكام خاصة تتضمن تنظيم إجراءات الإخلاء , و بالتالي ما يجري عليه العمل هو الاستعارة من أحكام الحجز التنفيذي , و تطبيقها على عملية الإخلاء , و في هذه النقطة فإن المشرع الجزائري يمنح للمدين مهلة 15 يوما للتنفيذ الاختياري , بينما المشرع المصري يجعل يوما كاملا فاصلا بين تبليغ التكليف بالوفاء و إجراء التنفيذ .

و في رأينا فإنه في التشريع الجزائري فإن هذه المهلة غير كافية تماما ليتدبر المدين أموره و يقوم بالتنفيذ الاختياري , فإذا كان من السهل تدبر مبلغ نقدي في أيام قليلة , فإنه من العسير أن يتدبر هذا المدين مأوى أخر و يقوم بنقل أثاثه و أسرته خلال هذه المدة , و بالتالي نقول أن الوضع في الجزائر ينطوي على إجحاف كبير في حق المدين , بينما نجد أن القانون المصري يمنح أجل ثلاثة أشهر من تاريخ النطق بالحكم , و هذا ما وفقا لنص المادة 2/50 من قانون إيجار الأماكن [1].

---

(1)– راجع د / الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 189 .

– تنص المادة 2/50 من القانون رقم 49 لسنة 1977 على : " إذا انقضت ثلاثة أشهر على التنبيه بالإخلاء دون موافقة جميع المستأجرين عليه , جاز للمالك أن يلجأ إلى المحكمة المختصة للحصول على حكم بالإخلاء ، و يكون الحكم قابلا للتنفيذ بعد انقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ النطق به ، و يشترط أداء التعويض المنصوص عليه في المادة السابقة و إيداعه المحكمة المختصة إيداعا غير مشروط لصالح المستأجرين " .

و أما بالنسبة للقانون الفرنسي الذي يمنح مهلة شهران للمدين ليتدبر أموره , كما يمنح له القانون أجلا ثانيا في حالة ما إذا كان الإخلاء قاسيا على المدين أو في الفترات المناخية الصعبة , و بهذا يكون إجراء الإخلاء في فرنسا أكثر تنظيما , وأكثر إنسانية عن ما هو معمول به في كل من الجزائر .

2 – **الملاحظة الثانية** : فيما يخص تبليغ التنبيه بالإخلاء يجب أن يتم التبليغ مباشرة للمعني بالأمر وأن يحاط علما بمضمون السند التنفيذي , ويجب أن يكون التبليغ في الموطن الحقيقي للمدين , و في المكان الذي يطلب منه الإخلاء , بالتالي فإن التبليغ الذي يكون للممثل القانوني أو الإتفاقي للمدين وإن صح من الناحية القانونية , فإنه من الناحية العملية يكون منتجا أكثر , و بالتالي يتحسب المدين لعملية الإخلاء من الناحية القانونية و الناحية العملية .

و تبدأ عملية الإخلاء بعد انقضاء المهلة الممنوحة للمدين , إذ ينتقل المحضر القضائي إلى الأماكن المشغولة و المطلوب منه إخلائها , و يقوم بمحاولة إخلاء بالطرق الودية إلا إذا تحصل المدين على مهلة إضافية , و نشير في هذا الصدد أن قانون الإجراءات المدنية القديم كان يمنح للوالي بوقف تنفيذ حكم الطرد لمدة 3 أشهر , و هذا ما نصت عليه المادة 324 من قانون الإجراءات المدنية القديم , إلا أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد لم يتضمن حكما مشابها لنص المادة السالفة الذكر (1).

**و أما بالنسبة للتشريع الفرنسي** , فإن الأمر أكثر وضوحا , إذ خول القانون رقم 91–650 الصادر بتاريخ 9 جويلية 1991 الحق للمدين أن يطلب من القاضي المختص وقف تنفيذ عملية الإخلاء على أن لا يتجاوز هذا التوقيف مدة ثلاثة أشهر .

و في هذا الصدد فإنه يجب التفرقة بين المدين الذي شغل الأماكن بوجه حق و بسند قانوني , وبين المدين الذي شغل الأماكن بدون وجه حق أو سند قانوني , فإذا كان المدين الأول يستفيد من المهلة القضائية , فإن المدين الثاني لا يستفيد فهو مغتصب للعقار , و بالتالي فإنه تباشر عملية الإخلاء دون إمهال .

و عليه ، فإن عملية الإخلاء كثيرا ما تواجه برفض المدين و كل شاغل بإذنه من إخلاء الأماكن وبما أن المحضر القضائي يجب عليه الدخول إلى الأماكن المشغولة , و إفراغها من الأشخاص الذين يتواجدون فيها أي المدين و كل شاغل بإذنه , بالإضافة إلى الأثاث و الأغراض الشخصية لهؤلاء الأشخاص وهذا الأمر لن يكون بالأمر السهل , إذ كثيرا ما تتحول محاولة الإخلاء إلى عملية عنيفة

---

(1) – نفس الوضع في التشريع المصري لم يتضمن قانون المرافعات المصري أي نص قانوني يتعلق بالوقف المؤقت لعملية الإخلاء من الأماكن المشغولة ، و يذهب الفقه في مصر إلى أنه يمكن للقاضي أن يمنح المستأجر أجلا معقولا لينفذ حكم الإخلاء إذا ما استدعت الضرورة ، و لم يلحق المؤجر من هذا التأجيل ضرر جسيم ، رغم أن القانون لم ينص على إعطاء مهلة للمستأجر للتفصيل أكثر راجع د / الأنصاري حسن النيداني , المرجع السابق , ص 191 .

تستعمل فيها القوة لإيقافها من طرف المدين و من يشغلون المكان بإذنه , أو من طرف المحضر القضائي الذي يحاول القيام بعملية الإخلاء , و أمام هذا الوضع لم يتبقى للمحضر القضائي المكلف بالتنفيذ إلا أن يلتجأ إلى طلب معاونة السلطة العامة من خلال تسخير القوة العمومية , و قد نصت المادة 2/604 من ق.إ.م.إ.ج على : " و لأجل التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية , يجب على قضاة النيابة العامة تسخير استعمال القوة العمومية في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ إيداع طلب التسخيرة " .

و أما بالنسبة لتسخير القوة العمومية في فرنسا , فإن المحضر القضائي إذا ما لاقى معارضة فإنه يمكن الاستعانة بالقوة العمومية , و طلب تسخير القوة العمومية في فرنسا يكون أمام الجهات الإدارية و هذا ما نصت عليه المادة 16 من القانون رقم 91-650 الصادر بتاريخ 9 جويلية 1991 , و مما جاء في نص المادة 16 السالفة الذكر :" الدولة ملومة بمد يد المساعدة لتنفيذ الأحكام و السندات التنفيذية الأخرى , و في حالة رفض مد يد المساعدة يترتب نشوء الحق في التعويض ", و أما المادة 17 من نفس القانون فقد نصت على : " يمكن للمحضر القضائي الذي يتولى القيام بعملية التنفيذ طلب تسخير القوة العمومية " (1).

و نشير بصدد إجراء عملية الإخلاء يجب أن تتم في أوقات التنفيذ المحددة قانونا , أي لا يمكن أن يتم الإخلاء في أيام العطل , و هذا ما نصت عليه المادة 629 من ق.إ.م.إ : " لا يجوز مباشرة التنفيذ خارج أو بعد الوقت القانوني المحدد في المادة 416 أعلاه , و لا في أيام العطل إلا في حالة الضرورة و في هذه الحالة يرخص للمحضر القضائي بإجراء التنفيذ بأمر على عريضة من رئيس المحكمة التي يباشر فيها التنفيذ .
غير أنه إذا بدأ العمل و لم ينته في أوقات العمل الرسمية , فإنه يجوز أن يستمر إلى غاية الانتهاء منه.

يجب أن ينوه في كل محضر تنفيذ عن تاريخ و ساعة بدايته و ساعة نهايته , و إلا كان قابلا للإبطال , و يترتب على ذلك المسؤولية المدنية للمحضر القضائي ".

**و بالنسبة للوضع في مصر** فإن الأمر لا يختلف , إذ حدد قانون المرافعات المصري مواعيد يتم فيها إجراء التنفيذ المباشر , كما أنه في حالة ما إذا لقي المحضر القضائي مقاومة يمكنه الاستعانة بالقوة العمومية وفقا لمقتضيات المادة 279/ 3 (2).

---

(1) – l’article 16 stipule : « L'État est tenu de prêter son concours à l'exécution des jugements et des autres titres exécutoires. Le refus de l'État de prêter son concours ouvre droit à réparation ».
- L’article 17 : « L'huissier de justice chargé de l'exécution peut requérir le concours de la force publique ».

(3) – راجع د / الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، 202 و ما يليها .

## الفرع الثالث

## آثار إخلاء الأماكن المشغولة

يترتب على القيام بعملية الإخلاء مجموعة من الآثار القانونية , تأتي في مقدمة هذه الإجراءات تحرير محضر تنفيذ بالإخلاء , ثم تلي هذه العملية تمكين الدائن أو المالك من حيازة الأماكن التي تم إخلائها وبعدها يجب التعامل مع الأثاث و الأغراض الشخصية للمدين , و على هذا الأساس سنتطرق إلى كل مرحلة من هذه المراحل بنوع من الشرح و التفسير .

**1 – <u>تحرير محضر إخلاء من الأماكن ( محضر طرد )</u> :** على اعتبار أن هذا المحضر ورقة من أوراق المحضرين يجب أن يتضمن الإشارة إلى البيانات الجوهرية في أوراق المحضرين , بالإضافة إلى هذه البيانات , يجب أن يتضمن محضر تنفيذ بالإخلاء على ما يلي (1) :

– بيان تفصيلي لعملية الإخلاء , و كذا كل الأشخاص الذي حظروا و ساهموا في عملية الإخلاء , مثل حرفي الأقفال , العمال الذين قاموا بعملية نقل الأثاث و الأمتعة , ممثل السلطة العامة أو ضباط الأمن و الشهود إن وجدوا , و تبدوا الحكمة من ذكر أسماء كل الأشخاص الذي ساهموا في عملية الإخلاء لمراقبة صحة العملية , و من ثم إبداء الاعتراضات أن وجدت , و كذلك تحديد المسؤوليات .

– تحديد الجهة القضائية المختصة للنظر في الاعتراضات على عملية الإخلاء .

– توقيع الأطراف التي حضرت عملية الإخلاء , بما فيها الشخص الذي تم إخلائه من الأماكن , و في حالة رفضه التوقيع يؤشر في محضر الإخلاء على رفض التوقيع , و في حالة عدم حضوره يوقع الشهود الذين حضروا عملية الإخلاء .

**2 – <u>تنصيب الدائن في الأماكن التي تم إخلائها</u> :** يهدف الإخلاء أو الطرد أساسا إلى إرجاع الأعيان المشغولة إلى مالكها , و بالتالي بمجرد أن ينتهي المحضر القضائي من إخراج الشاغل للأماكن , يقوم مباشرة بتنصيب المالك في الأماكن , و في هذا الصدد فإن التساؤل الذي يطرح هو ما إذا عاد الشخص المطرود مرة ثانية إلى الأماكن الأخرى , فهل يستدعي هذا إعادة الإجراءات مرة ثانية لاستصدار حكم بالإخلاء , أما أنه يعتبر الإخلاء الأول لم يكتمل , و بالتالي لا يستدعي الأمر الحصول على حكم جديد بالإخلاء , أو أن يوجه تنبيه بالإخلاء .

---

(1) – نشير أنه لا يوجد نص في قانون المرافعات المصري إلى ما يشير بتحرير محضر إخلاء ، إلا أنه الفقه المصري يستنبط هذا الإجراء من نص المادة 278 مرافعات مصري ، و التي تتضمن ضرورة أن يعرض المحضر القضائي ملف التنفيذ على قاضي التنفيذ الأمر الذي يستدعي تحرير محاضر في هذا الشأن , للتفصيل أكثر راجع د / الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 191.

و عليه فلا توجد نصوص قانونية في التشريع الجزائري و التشريع المصري تنظم هذه الحالة على عكس التشريع الفرنسي الذي تبنى الرأي الثاني , و تأسيسا على هذا يمكن للمحضر القضائي إعادة عملية الإخلاء دون أن يتخذ أي إجراء , أي إخطار السلطات الإدارية بهذا الأخلاء حتى تتخذ إجراءات إعادة الإسكان , كما اعتبر القانون الفرنسي عودة الشاغل الثاني إلى المكان الخلى منه بمثابة حالة اعتداء مما يستدعي طرده حتى في فترات الشتاء القارص (1).

3 – **رفع الأثاث و الأغراض الشخصية للمدين** : عادة ما يتم إفراغ الأماكن المشغولة أثناء مرحلة الإخلاء , إذ يقوم المحضر القضائي برفقة أشخاص يصطحبهم معه , أو يصطحبهم طالب التنفيذ لتسهيل عملية الإخلاء , كما قد يتولى الشخص المخلى أو المطرود القيام بهذه العملية , و بالتالي تحل مشكلة رفع الأثاث و الأغراض الشخصية للشخص المخلى من العين المشغولة , إلا أنه و في حالات أخرى قد يعاند هذا الأخير ويحاول عرقلة التنفيذ إلى غاية أخر لحظة , **و بالتالي كيف يتعامل المحضر القضائي مع هذا الأمر ؟**

ولقد أشرنا سابقا أن التشريع الجزائري لم يتضمن أحكام تتعلق بإجراء الإخلاء والطرد من الأماكن وبالتالي فإنه من الطبيعي أن لا نجد أحكاما لكل مرحل من مراحل الإخلاء الأمر الذي يحتم علينا الاستعارة من الأحكام المتعلقة بالحجوز على وجه العموم , و في شأن رفع الأثاث و إخراجه من العين فإننا يمكننا الاستناد إلي نص المادة 621 / 2-3-4 :" و يجب رد الأشياء التي لم يتناولها التنفيذ إلى المحجوز عليه , أو وضعها تحت تصرفه لدة ثمانية (8) أيام , فإذا رفض استلامها بعد إنذاره بذلك من طرف المحضر القضائي يحرر هذا الأخير محضرا برفض الاستلام .

و في هذه الحالة , يقوم المحضر القضائي باستصدار أمر على عريضة لبيع هذه الأشياء بالمزاد العلني , و يودع المتحصل من بيعها بأمانة ضبط المحكمة بعد استيفاء المصاريف .
إذا تعذر بيعها لأي سبب كان , تعد من الأموال المتخلى عنها و توضع في المحشر " .

و عليه فإن المحضر القضائي يوجه إنذار للشخص المخلى برفع الأثاث و أغراضه الشخصية خلال أجل ثمانية أيام من تاريخ التبليغ , و في حالة عدم امتثاله لهذا الأمر , يضار إلى بيع الأشياء بالمزاد العلني , و تودع المبالغ المتحلصة من البيع في خزينة المحكمة , أما في حالة إذا كانت هذه الأشياء غير قابلة للبيع أو لا تصلح لأن تكون كذلك , فيتم إيداعها في المحشر (2).

---

(1) – voir Roger Perrot – Philippe théry , op-cit , p 640 .

(2) – نشير إلى أن المشرع الجزائري قد أشار إلى أن المحضر القضائي حينما يتعذر عليه بيع الأشياء المتخلى عنها ، يتم وضعها في المحشر ، و بالتالي فإن التساؤل الذي يطرح عن طبيعة و نوع هذا المحشر ، فهل يعني المشرع الجزائري المحشر البلدي ، أم أن هناك محشر على مستوى المحكمة يتم وضع الأشياء المتخلى عنها ، و حسب ما نعلم فإنه من الناحية العملية لا توجد أماكن مخصصة لمثل هذا الشأن ، و بالتالي فتبقى العقبة العملية قائمة في ظل عدم وجود مثل هذه الأماكن ، و كذلك لعدم وضوح النص في تحديده لمكان المحشر .

**و أما بالنسبة للوضع في فرنسا** , و كما ذكرنا سابقا فقد خلى القانون الفرنسي السابق من أحكام تنظم عملية الإخلاء أو الطرد , و بالتالي كان الأمر متروك للمحضرين القضائيين بأن يتعاملوا مع الوضع ليجدوا الحلول لمواجهة المشكلة , و لكن بعد صدور القانون رقم 91-650 الصادر بتاريخ 9 جويلية 1991 , تم تنظيم الأمر بموجب المواد 65 إلى المادة 66 , و كذلك بموجب المرسوم الصادر سنة في 31 جويلية 1992 من المادة 200 إلى المادة 207 , و عليه فقد تضمن القانون فرضيتين وهما :

- **الفرضية الأولى** : أن يتم نقل الأشياء تحت نفقة المدين إلى أماكن يحددها هذا الأخير , و هذا وفقا لما تضمنه المادة 65 من القانون السالف الذكر (1).

- **الفرضية الثانية** : أن تترك الأشياء و الأغراض الشخصية للمدين , حيث يقوم المحضر القضائي بجردها بعناية , ثم يوجه إنذار بنقل هذه الأشياء خلال أجل حدد بموجب مرسوم صادر عن مجلس الدولة.

و في حالة عدم امتثال المدين إلى هذا الإنذار , يتم بيع هذه الأشياء بالمزاد العلني , بناءا على ترخيص من قاضي التنفيذ الموجود بدائرة اختصاصه الأشياء المراد بيعها , و في حالة ما إذا كانت هذه الأشياء غير قابلة للبيع يعلن قاضي التنفيذ أن الأشياء متخلى عنها .

و في الأخير و في حالة ما إذا تم البيع تحسم مبلغ الديون و المصاريف , و الباقي يتم إرجاعه للشخص المخلى أو المطرود من الأماكن التي كان يشغلها (2).

و نشير في الأخير بأن المحضر القضائي ملزم بحفظ الوثائق الشخصية للشخص المخلى لمدة سنتين وبعدها يقوم بإتلاف هذه الوثائق بعد أن يحرر محضر يتضمن بيان تفصيلي لكل الوثائق التي تم إتلافها (3).

---

(1) – L'article 65 stipule : « Les meubles se trouvant sur les lieux sont remis, aux frais de la personne expulsée, en un lieu que celle-ci désigne. A défaut, ils sont laissés sur place ou entreposés en un autre lieu approprié et décrits avec précision par l'huissier de justice chargé de l'exécution avec sommation à la personne expulsée d'avoir à les retirer dans un délai fixé par décret en Conseil d'État » .

(2) – L'article 66 stipule : « A l'expiration du délai imparti et sur autorisation du juge de l'exécution du lieu où sont situés les meubles, les parties entendues ou appelées, il est procédé à leur mise en vente aux enchères publiques.
Le juge de l'exécution peut déclarer abandonnés les biens qui ne sont pas susceptibles d'être vendus.
Le produit de la vente est remis à la personne expulsée après déduction des frais et de la créance du bailleur.

(3) – voir Roger Perrot – Philippe théry , op-cit , p 644 .

# الباب الثاني

# التنفيذ بمقابل

لما كان التنفيذ المباشر أو التنفيذ العيني قليلا , و لم يهتم به المشرع الجزائري بالقدر الكافي على غرار العديد من التشريعات , كان للتنفيذ غير المباشر أو التنفيذ على الأموال الحظ الوافر من النصوص القانونية والأحكام التي ينظم هذا النوع من الحجوز , و قد عمدت أغلب التشريعات و من ضمنها التشريع الجزائري على تنظيمها بشكل دقيق , و بخاصة بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية سنة 2008 , إذ جاء هذا القانون ليغطي النقص الفادح في قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 .

و التنفيذ الجبري إما أن يكون تنفيذا عينيا مباشرا , و إما أن يكون تنفيذا بطريق الحجز , فبالتنفيذ العيني المباشر يتمكن الدائن من استيفاء حقه بالحصول عليه مباشرة كالإخلاء من المساكن أو الطرد أو تهديم بناء أو علق نافذة , شريطة أن يكون هذا التنفيذ ممكنا , و مقبولا دون أن يكون التنفيذ محلا للاعتبار الشخصي , أي دون تدخل شخصي من المدين لأن أي إجبار للمدين على هذا التدخل يعد مساسا بحريته , و أما إذا كان الالتزام في الأصل بمبلغ من النقود , فيكون بإتباع إجراءات الحجز على الأموال و استيفاء مبلغ الدين من المال ذاته أو من ثمن بيعه .

و تحديد الطريق المتبع في التنفيذ الجبري يتم بناءا على السند التنفيذي , و ليس لإرادة الخصوم أي دوره في هذا النطاق , كون المسألة تتعلق بالنظام العام , فإذا جاء السند التنفيذي متضمنا ضرورة اقتضاء حق يرد على عين معينة سواء أكانت منقولا أو عقارا , أو يرد على عمل يقوم به شخص معين فلا يكون التنفيذ إلا مباشر إذا يسمى هذا بالتنفيذ العيني الجبري , و التنفيذ العيني لا يجوز القيام به إلا إذا كان مسموح به , و ممكنا من الناحية المادية , و مقبولا من الناحية القانونية , و يجب أن لا يتضمن المساس بشخص المدين .

و الأصل في التنفيذ أن يكون اختياريا دون أن يجبر المدين القيام بذلك بالقوة القهرية , و هذا هو منطق القانون و الشكل السائد في الدولة المتحضرة , أما التنفيذ الجبري فهنا لابد أن تتدخل الدولة بما تتمتع به من امتياز استعمال القوة للمساعدة في هذا التنفيذ , و ذلك باستعمال القهر و جبر المدين على الرضوخ قصد تنفيذ التزاماته المثبتة بموجب أحكام قضائية تحوز على الصيغة التنفيذية .

و عليه فالتنفيذ الجبري القضائي في المواد المدنية و التجارية , هو إجراء يمارس بواسطة الجهاز القضائي , سواء عن طريق المحضرين القضائيين , أو مأموري التنفيذ , و يهدف إلى حصول الدائن على

حقه قبل مدينه , و لا يطلب من الدائن اتخاذ إجراءات بنفسه , ذلك أن المبدأ السائد في مجال التنفيذ أنه لا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه , فهناك أجهزة مكلفة بمهمة التنفيذ .

و التنفيذ نظام من الأنظمة القانونية يمتاز بتنوع أحكامه و اختلافها , و قد حظي بتنظيم التشريعات المختلفة لهذا النظام , و بهذا تعددت الصور المختلفة للتنفيذ الجبري , و بصدد الحديث عن التنفيذ بطريق الحجز فتعدد صور الحجوز المتاحة للدائن , و يتحدد الطريق الذي يسلكه هذا الأخير بناء على طبيعة الدين , و بناءا على طبيعة المال المراد الحجز عليه , فالأمر ليس متروك لإرادة الدائن في اختيار طريق من طرق التنفيذ بطريق الحجز , إذ لابد من توافر الشروط التي يحددها القانون لتوقيع حجز من الحجوز التي يقررها القانون .

و الحجز نوعان , تحفظي يؤدي إلى ضبط المال بوضعه تحت يد القضاء , فهو إجراء تحفظي لا يؤدي إلى بيع المال المحجوز , و إنما فقط ضبط المال وضعه تحت يد القضاء مخافة تهريبه من طرف المدين , أما الحجز التنفيذي فهو على خلاف ذلك يرمي إلى ضبط المال المحجوز قصد بيعه واستيفاء الدائن دينه من الثمن المتحصل من البيع , و لا يجوز إيقاع البيع إلا إذا كان بيد الدائن سند تنفيذيا و الحجوز التنفيذية أنواع ، و هي تختلف باختلاف طبيعة المال المراد الحجز عليه , كما تختلف بكونه في حيازة المدين أو حيازة الغير .

**و الحجز – كما سبق ذكره – نظام قانوني محكم يخضع للقواعد التالية :**

– **القاعدة الأولى :** أن الحجز لا يخرج المال من ملك المحجوز عليه و إنما يبقى المدين مالكا له إلى أن يباع , و كل ما يترتب عنه أن يمنع المدين من التصرف في أمواله المحجوزة .

– **القاعدة الثانية :** أن للمحجوز عليه أن يتخذ الإجراءات التي لا تضر بالدائن الحاجز كرفع دعاوى الحيازة على سبيل المثال .

– **القاعدة الثالثة :** أن الحجز نسبي الأثر فلا يفيد إلا الدائن الحاجز , و لا يمتد إلا إلى الأموال المحجوزة .

– **القاعدة الرابعة :** أن الحجز يشمل كل المال المحجوز حتى ما زاد عن قيمة الدين .

– **القاعدة الخامسة :** أن قواعد الحجز من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها .

– **القاعدة السادسة :** أن الحجز يقطع التقادم .

– **القاعدة السابعة :** أن الحجز إذا لم يتم إتمامه في يوم واحد جاز إتمامه في اليوم الموالي .

- **القاعدة الثامنة** : أنه لا يجوز لمن كانت له علاقة بالحجز كالمحضر القضائي أو القضاة أو محافظي البيع بالمزاد العلني أن يتقدموا للبيع بالمزاد العلني .

و من خلال ما تقدم سنتطرق في هذا الباب إلى دراسة أحكام التنفيذ بمقابل , حيث سنخصص **الفصل الأول** إلى التطرق لأحكام الحجز التحفظي , و ذلك من خلال التطرق إلى شروطه , وإجراءات توقيعه , و أثاره , و كذلك صور الحجز التحفظي , **أما الفصل الثاني** فسنتطرق من خلاله إلى الحجز التنفيذي , و ذلك بتبيان شروطه , و إجراءات توقيعه , و الآثار المترتبة عنه , و بخاصة التطرق إلى أحكام البيع القضائي , كما سنتطرق أيضا إلى الحجز العقاري و ذلك بتحديد إجراءاته , و آثاره وبالإضافة إلى هذا سنتطرق إلى إجراءات توزيع حصيلة التنفيذ باعتبارها آخر مرحلة من مراحل التنفيذ بطريق الحجز.

و ستكون هذه الدراسة وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2005 , بالمقارنة مع أحكام القانون المصري و القانون الفرنسي .

# الفصل الأول
# الإجراءات التحفظية

إن الحجز ليس مرادفا للتنفيذ , أي أن فكرة الحجز ليست هي كل العملية التنفيذية بل هي جزء منها , و ربما تكون هي الفكرة الجوهرية إلا أنها ليست الوحيدة كما سبقت الإشارة إلى ذلك ويقال أن الحجوز ليست كل وسائل التنفيذ الجبري , فالحجز مرحلة أساسية من مراحل العملية التنفيذية , تبدأ هذه المرحلة بترتيب مجموعة من الآثار القانونية الهامة , و هو عندئذ لا يخرج عن كونه إجراءا تحفظيا mesures conservatoire , يهدف إلى حفظ المال من أي تغيير مادي أو قانوني يضر بحق الدائن الحاجز , فإذا كان هذا هو كل الهدف سمى حجزا تحفظيا saisie conservatoire , وهو يأتي في إطار تفادي التأخير في الحماية التنفيذية (1).

و لما كانت جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه(المادة 188 من القانون المدني الجزائري) فإن من مصلحة الدائن الحفاظ على هذا الضمان العام , إذ قد يعمد المدين إلى الإضرار بهذا الضمان العام بالتصرف المادي كالإخفاء والإتلاف , أو بالتصرف القانوني في أمواله مما يضيع على الدائن حقه لذلك نجد أن أغلب التشريعات حتى لا نقول كلها , تعمد إلى إيجاد وسائل الهدف منها المحافظة على الضمان العام للدائنين , ومن أهم هذه الوسائل الحجز التحفظي , أي ضبط أموال المدين ومنعه من الإضرار بحق الدائن حتى يستوفي حقه منها (2).

و يهدف نظام الحجز أيا كان نوعه إلى فرز مال معين من أموال المدين , و وضعه تحت يد القضاء للتحفظ عليه و جعله بمنأى من تصرفات المدين التي يحتمل أن تضر بالدائن , و يظل هذا المال تحت يد القضاء لحين انتهاء الحجز نهاية طبيعية ببيع المال المحجوز , أو بنهاية غير طبيعية بزوال الحجز بسبب من الأسباب.

---

(1) - Jean-Marc Delleci, la reformes des procédures civiles d'exécution, édition banque, 2 ème édition1998 , p 337.

(2) – راجع د/ طلعت ديودار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى 2008 ، بيروت ص 278.

و الحجز التحفظي لا يختلف عن الحجز التنفيذي في شيء جوهري ، فهما يهدفان إلى التحفظ على مال معين من أموال المدين و وضعه تحت يد القضاء , و لكن وجه الخلاف يظهر في أن الحجز التنفيذي ينتهي نهاية طبيعية بالبيع دون أي شرط آخر , لأن الدائن يبدأ الحجز و هو مستوفي كافة الشروط المطلوبة حتى يتمكن من بيع المال بالمزاد العلني , و الحصول على حقه من ثمنه أما الحجز التحفظي فليس له هذا الهدف , فهو يبدأ كإجراء تحفظي و هذا هو القاسم المشترك بينه و بين الحجز التنفيذي , و لكنه لا ينتهي إلى بيع المال المحجوز بذاته , و إنما يجب أن تزود من حجز تحفظيا قد يكون حاملا من الأصل السند التنفيذي , و رغم ذلك فهو لا يريد توقيع الحجز التنفيذي لحاجة في نفسه (1).

و عليه يمكننا تعريف الحجز التحفظي , بأنها إجراءات تهدف لتمكين الدائن من ضبط أموال مدينه و الحصول على تخصيص قضائي لجعلها كضمان لاستيفاء الحق منها بشكل تجنب الدائن تصرف مدينه في هذه الأموال و تفقده الضمان العام (2).

# المبحث الأول
# القواعد العامة للحجز التحفظي

بناء على ما تقدم ذكره – هناك فوارق في نظامي الحجز التنفيذي و الحجز التحفظي من حيث الإجراءات الواجبة الإتباع , و من حيث السند التنفيذي , و من حيث مقدمات التنفيذ و غيره , و هذا ما سنحاول توضيحه فيما يلي :

**أ –<u>عدم اشتراط السند التنفيذي</u>** : إن المشرع بصدد تنظيمه للحجز التحفظي , و لاعتبارات عنصر الاستعجال و غاية هذا الإجراء , و هو التحفظ على الأموال خشية من الضياع بالإتلاف والتهريب كان من الطبيعي أن تتعامل التشريعات بمرونة , و أن لا تتشدد في تنظيم الحجز التحفظي و لأجل هذه الاعتبارات لم يشترط أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي , لأن الغرض ليس التنفيذ على أموال المدين وإنما هو مجرد ضبط المال خشية تهريبه من قبل الدائن و ليس معنى هذا أن يحمل سندا تنفيذيا لا يستطيع

(1) – د/ نبيل إسماعيل عمر الوسيط في التنفيذ الجبري للأحكام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، طبعة 2000 ، ص 354 .

(2) – Voir Jean –Marck Dellci , op-cit , P 337 .

توقيع الحجز التحفظي ،لأنه ليس من المقبول أن يملك توقيعه من لا يحوز سندا , و لا يملك إيقاعه من يحوز هذا السند , و بالتالي فحسب مصلحة الحاجز و تقديره للأمور له اختيار هذا الطريق أو ذاك من طرق الحجز , فقد يخشى الدائن مثلا أنه لو أوقع حجزا تنفيذيا مند البداية لقام المدين بتهريب أمواله نظرا لما يسبق هذا الحجز من إعلانات و مقدمات للتنفيذ تكفل علم المدين بأن هناك حجزا سيوقع عليه فيبادر بتهريب أمواله , أو قد يكون الحجز التحفظي كافيا لتنبيه المدين بالإجراءات التي سيتخذها الدائن الذي بيده سند تنفيذي و ما ينجر عنه من آثار ونفقات فيسرع إلى الوفاء بدينه , وعليه و مهما يكن فإن أغلب التشريعات لا تشترط سندا تنفيذيا لتوقيع الحجز و من هؤلاء المشرع الجزائري , فقد نص على ذلك بموجب المـادة 647 مـن قانون الإجراءات المدنية والإداريـة بقوله : ( يجوز للدائن بدين محقق الوجود , حال الأداء أن يطلب بعريضة مسببة مؤرخة و موقعة منه أو من ينوبه استصدار أمر بالحجز التحفظي على منقولات أو عقارات مدينه إدا كان حاملا لسند دين أو كان لديه مسوغات ظاهرة ترجح وجود الدين , و يخشى فقدان الضمان لحقوقه ) [(1)].

و عليه , و من خلال استقراء هذه المادة يمكننا ملاحظة أن المشرع لم يشترط السند التنفيذي لكنه بالمقابل أشترط إثبات علاقة الدائنية سواء بسند دين أو مصوغات ظاهرة ترجح وجود الدين , و من هنا لم يحدد المشرع نوع السند فقد يكون عقد باعتراف بدين , أو ورقة عرفية أو وصل و غيرها من السندات و في حالة عدم وجود ذلك يمكن إثبات علاقة الدائنية بالمصوغات الظاهرة وتظهر الحكمة من كل هذا في تفادي الحجوز الكيدية .

و نرى أن نص المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري يتشابه مع نص المادة 67 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر في 09 جويلية 1991 حيث تنص هذه المادة على ما يلي : ( كل شخص له دين ظاهر في أساسه يمكنه أن يطلب إذن من القاضي اتخاذ إجراء تحفظي على أموال مدينه و دون إلزام مسبق , في حالة وجود ظروف تهدد عدم استيفاء الحق ) .

---

(1) – للمزيد راجع د / بربارة عبد الرحمان ، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية و الجزائية وفقا للتشريع الجزائري ، منشورات بغدادي الجزائر ، طبعة 2009 ، ص 157 .

– و راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 754 .

–article 67/1 de la loi N° 650-91 du 9 juillet 1991 : toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteurs . Sans commandement préalable si elle justifie des circonstances susceptibles d4en menacé le recouvrement.

و عليه يتضح من نص المادة 67 من القانون رقم 650-91 المتضمن تعديل أحكام الإجراءات المدنية للتنفيذ الصادر في 09 جويلية 1991 أن المشرع الفرنسي وضع أحكام مرنة لتوقيع الحجز التحفظي طالما أن غاية هذا الإجراء هو ضبط المال خشية تهريبه من قبل المدين (1).

**أما المشرع المصري** ينص في المادة 316 من قانون المرافعات المصري الجديد على ما يلي : للدائن أن يوقع الحجز التحفظي على منقولات مدينه في الأحوال التالية :

1 - إذا كان حاملا لكمبيالة أو سند تحت الإذن و كان المدين تاجرا له توقيع على الكمبيالة أو سند يلزمه بالوفاء بحسب قانون التجارة .
2 - في كل حالة يخشى فيها فقدان الدائن لضمان حقه.

و عليه , يلاحظ أن المشرع المصري أورد حالة خاصة لتوقيع الحجز التحفظي وفق الشروط التي تحددها الفقرة الثانية من المادة 316 , و حالة عامة يمكن توقيع فيها الحجز التحفظي متى وجدت حالة تهدد الضمان العام بالفقدان ، و نرى أن التشريعات الثلاث تتفق نوعا ما في تقرير حالة متى تحققت يمكن للدائن اللجوء إلى اتخاذ إجراءات الحجز التحفظي , وهذه الحالة هي الخشية أو الظروف التي تهدد عدم استيفاء الحق.

**ب -<u>المباغتة و عدم القيام بمقدمات التنفيذ</u>** : يعتبر عنصر المباغتة عنصر أساسيا و ضروريا في توقيع الحجز التحفظي , لهذا أعفى القانون الدائن من اتخاذ مقدمات التنفيذ التلي تهدف إلى التنبيه على المدين بضرورة الوفاء بالدين قبل البدء في إجراءات التنفيذ , و قد نصت المادة 659 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على هذا الحكم بقولها : ( يبلغ رسميا أمر الحجز التحفظي إلى المدين وفقا للمادة 688 أدناه , ويتبع فورا بالحجز و على المحضر القضائي تحرير محضر حجز وجرد للأموال الموجودة تحت يد المدين و إلا كان باطلا ) (2).

و أما الحجز التنفيذي , فهو يختلف عن الحجز التحفظي , فإن كان هذا الأخير يقوم على عنصر المباغتة , فإن الأول يقوم على عنصر الإعلام و تنبيه المدين بديونه , و ضرورة الوفاء و إلا تم الحجز على أمواله و بيعها رغما عنه , و بالتالي كان من الطبيعي أن تنمح مهلة للوفاء , فإذا انقضت تم تحريك المنازعة التنفيذية .

---

(1) - voir Claude Brenner, voies d’exécutions , 4 eme éditions ,édition Dalloz , paris, p 59 .
- et voir Serge Guinchard et Tony Moussa , droit et pratique des voies d’exécutions ,édition Dalloz, p 319 .

(2) - راجع د / طلعت دويدار , المرجع السابق , 279 .

**ج -الاختلاف في التوقيت و الشروط** :الحجز التنفيذي من الجائز توقيعه في أية حال توافرت الشروط اللازمة لاستعماله , أما الحجز التحفظي فلا يجوز اللجوء إليه إلا إذا وجد خطر يهدد الضمان العام , أو بعبارة أخرى وجود مصلحة تبرر ذلك , باعتبار أن الحجز التحفظي هو صورة من صور الحماية الوقتية للحق لمواجهة حالة مستعجلة تتطلب المباغتة بغرض تجنب تضييع المدين أمواله (1).

كما يكفي لتوقيع الحجز التحفظي أن يكون دين الحاجز حال الأداء و محقق الوجود و لا يلزم أن يكون معين المقدار , على أن يقدر لاحقا أمام القضاء , أما الحجز التنفيذي فيشترط ابتداء أن يكون الدين محقق الوجود حال الأداء و معين المقدار (2).

## المطلب الأول

## الشروط المتعلقة بالدين

من المتصور بداهة أن اتخاذ إجراء معين لا يكون إلا وفق شروط و شكليات معينة , و الحجز لا يخرج عن هذه القاعدة , حتى و إن كان المشرع نظمه بأحكام مرنة , فهذا لا ينفي عنه الخضوع لبعض الأحكام و الشروط مثله مثل الحجز التنفيذي , و إن اختلفا من حيث الغاية , فإن الشروط التي يتطلبها القانون في الحق محل الحماية القضائية التنفيذية , لا تختلف إلا بالقدر الذي تختلف فيه الغاية من كل النوعين فإذا كان الحق محل الحماية التنفيذية الموضوعية لابد أن يكون محقق الوجود معين المقدار حال الأداء , غير متنازع فيه , فإن الحق محل الحماية التنفيذية الوقتية يكفي أن يكون وجوده مرجحا لهذا فإن المشرع يكتفي المشرع ببعض هذه الشروط فقط دون أن يقتضيها جميعا وحتى المقتضى منها يأخذ مفهوما مختلفا عنه في الحجز التنفيذي , فإذا تحول الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي لابد أن تستكمل شروط الحق محل الحماية نفس مفهوم الشروط في الحجز التنفيذي (3).

و لا شك في أن الحجز التحفظي له خصائص و مميزات تميزه عن باقي الحجوز الأخرى , كما أن له بعض الشروط التي يجب أن تتوافر حتى يمكن الجوء إلى هذه الوسيلة و ترتكز أساسا فكرة الحجز التحفظي على شرط الضرورة أو الاستعجال أو الخشية من فقدان الضمان العام , ثم تلي هذه الشروط الأخرى للدين , فالدين إما أن يكون دين مدني أو تجاري , ناشئ عن عقد أو فعل ضار أي ناتج عن مسؤولية عقدية أو تقصيرية , و لا يتصور أن يكون الدين إلا مبلغا من النقود .

---

(1) – راجع / د نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 756.

(2) – راجع / د بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 158 .

(3) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 281 .

## الفرع الأول

## شرط حالة الضرورة ( الخشية )

كانت فكرة الاستعجال– la notion d’urgence– في الحجز التحفظي لا تختلف عنها في الدعوى المستعجلة المنظورة أمام القاضي استعجالي – le juge des référés – إلا أن الفكرة في ذاتها غير واضحة المعالم بالقدر الكافي , فنجد أن المشرع الجزائري في نص المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية استعمل معيار عاما لتوقيع الحجز التحفظي بقوله : ( ....... و يخشى فقدان الضمان لحقوقه ) , و لا شك في أن هذه الصياغة تطرح عدة احتمالات و افتراضات أولها أن العبارة لا تفيد بصراحة التدليل على حالة الضرورة أو الاستعجال , **فهل الخشية تفيد دائما حالة الضرورة و من ثم الاستعجال لاتخاذ الإجراءات التحفظية ؟**

و في منظورنا الخاص أن العلاقة غير ثابتة و التلازم غير حتمي خاصة إذا تمعنا جيدا في تحليل نص المادة 647 من ق.إ.م.إ التي نجدها تتحدث عن الدائن بصفة أساسية , و عن خشيته من فقدان الضمان لحقوقه , و حسب رأينا أن الدائن من وقت نشوء الحق و هو في حالة من الخشية والريبة بعدم استيفاء حقه , و لا تزول عنه هذه الحالة النفسية إلا بعد أن يستوفي كامل حقه , **عليه فهل يمكننا الاعتماد على هذا المعيار و جعله شرطا أساسيا لتوقيع الحجز التحفظي ؟**

صحيح أن النص لم يصرح بفكرة الاستعجال , و إنما عبر عن ذلك بكلمة ( يخشى ) , إلا أن الخشية مناط الاستعجال , و تأمين الدين يقابل زوال الخشية .

و الواقع أن هذه الفكرة المرنة تعد من الوسائل الفعالة للمحافظة على الضمان العام للدائن مادامت جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه , و نظرا لمرونة هذه الفكرة فقد ترك المشرع فيها للقاضي سلطة تقديرية واسعة , بحيث يمكنه استخلاص الخشية من فقدان الضمان العام من كل الظروف المحيطة , باعتبار أن الاستعجال لا يتوافر إلا من خلال مجموعة من الظروف التي تحيط بمركز قانوني تنذر بتحول خطر محدق به إلى ضرر فعلي (1).

و حالة الضرورة أو الخشية ما دامت شرطا عاما , فإن تقديرها يخضع للقاضي الآمر بالحجز وعليه فيجوز الإذن بتوقيع الحجز في كل حالة يبدو فيها خطر فقدان الدائن لضمانه بناءا على وقائع

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 284 .

معينة كسرعة تصرف المدين في أمواله أو اختلال حالته المالية , و لا تتوقف هذه المسألة على شعور الدائن فهذا الأخير تنشأ لديه هذه الخيفة من اللحظات الأولى , بل أن البعض يتوجس خيفة من أي تصرف يقوم به المدين , و عليه فمعيار تقدير الخشية هو معيار موضوعي و ليس ذاتي يقدره القاضي من خلال الظروف الموضوعية كالحالة المادية للمدين و سهولة تهريب الأموال أو الصفات الإجتماعية و الخلقية لهذا الأخير , و حتى ماضيه , و يشترط أن يكون الخطر طارئا بعد نشوء الدين ومبنيا على وقائع جديدة تسوء بها الحالة الاقتصادية للمدين و ذلك ما لم يكن المدين قد دلس على الدائن عند التعاقد ، و يبرر هذا بأن الدائن لا يمكن أن يفقد ضمانا غير موجود ولذا فإنه لا يجوز توقيع الحجز إلا بالنسبة لأموال موجودة حاليا و بناءا على خطر حال لم يكن ماثلا أمام الدائن عند التعاقد ، فمثلا أن شركة مدنية تواجه مشاكل مالية ناتجة عن إصدار شيكات بدون رصيد , و تكون قد ضرب عليها تقييد بنكي بمنع من التصرف في أموالها تشكل هذه الوضعية حالة خطر تهدد استيفاء الحق [(1)].

**و أما في مصر** فنجد أن المشرع المصري قد انتهج أسلوب التعداد الحصري في قانون المرافعات المصري السابق رقم 77 لسنة 1949 , حيث عدد بعض الحالات التي يجوز فيها توقيع الحجز التحفظي و هي الحالات التي تصورها منطوية على عنصر الاستعجال دون أن يضع معيارا عاما يشكل قاعدة عامة في هذا الصدد الأمر الذي دعى واضعي التقنين الجديد إلى تبني صياغة مختلفة اعتمد فيها هذا المعيار العام مع الإبقاء على حالات خاصة يفترض فيها الاستعجال و هذا ما نصت عليه المادة 1/316 من قانون المرافعات المصري الجديد بنصها على : ( للدائن أن يوقع الحجز التحفظي على منقولات مدينه في الأحوال التالية :

1 – إذا كان حاملا لكمبيالة أو سند تحت الإذن , و كان تاجرا له توقيع على الكمبيالة أو السند يلزمه بالوفاء بحسب قانون التجارة .

2 – في كل حالة يخشى فيها فقدان الدائن لضمان حقه ) [(2)].

و عليه نلاحظ أن المشرع المصري وضع في الفقرة الأخيرة من المادة 316 من قانون المرافعات المصري , معيار الخشية من فقدان الضمان و هو نفس الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 647 من ق.إ.م.إ : ( ...و يخشى فقدان اضمان لحقوقه ) .

**و أما المشرع الفرنسي** فقد استعمل في القانون الصادر في 09 جويلية 1991 , معيار الخطر المحدق و لم يشر صراحة إلى حالة الاستعجال , لكن الخطر أجدى أن يواجه باتخاذ تدابير تحفظية

(1)- voir Jean-Marc delleci , op-cit , p 339 .

(2)– أنظر د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 282 .

– و راجع د / عبد الحميد المنشاوي ، التعليق على قانون المرافعات ، دار المطبوعات الجامعية ، طبعة 2008 ، ص 564.

بشكل مستعجل , و بالمقارنة مع التشريع الجزائري و التشريع المصري نجد أن التشريع الفرنسي كان أكثر دقة و صوابا في استعماله للمصطلحات و اعتماده لمعيار الخطر المحدق , ذلك أن هذا المعيار أكثر موضوعية و أسهل للإثبات من معيار الخشية الذي هو معيار شخصي ذاتي , و هذا ما يلقي عبئا كبيرا على القاضي للبحث عن الموضوعية في تقدير الخشية [(1)].

## الفرع الثاني
## شرط تحقق الوجود

يختلف مفهوم تحقق الوجود فيما إذا كان الحجز تحفظيا أو تنفيذيا , ففي نظر بعض من الفقهاء فإن تحقق وجود الدين يكون بموجب سند تنفيذي , باعتباره عملا مؤكدا لوجود الحق من حيث محله وأطرافه , و تعبيرا عن إرادة قطعية بتأكيد الحق ممن له سلطة ذلك , أما رأي أخر فيرى أن يكون خاليا من المنازعة الجدية , أما رأي ثالث أن يكون الحق متوافر على شروط شكلية من حيث تحديده من الناحيتين الشخصية و الموضوعية ( أطرافه – محله ) , و من حيث قطعية وجوده بألا يكون احتماليا أو معلق على شرط واقف , و عليه يختلف مفهوم تحقق الوجود في الحجز التنفيذي عنه في الحجز التحفظي , فإذا كان بيد الدائن سند تنفيذي فلا شك في تحقق وجود الحق , إذ يستطيع توقيع الحجز التنفيذي و عندئذ يجوز له توقيع الحجز التحفظي من باب أولى , فالذي يملك الأكثر يملك الأقل .

و في حالة عدم وجود سند سواء كان تنفيذيا أو غير واجب النفاذ , فعلى الدائن أن يثبت بما لا يدع شك بوجود علاقة دائنية بين الدائن و المدين المطلوب الحجز تحفظيا على أمواله , و هذا ما نصت عليه المادة 647 ق.إ.م.إ بنصها : ( يجوز للدائن بدين محقق الوجود و حال الأداء أن يطلب بعريضة مسببة مؤرخة و موقعة منه أو من ينوبه , استصدار أمر بالحجز التحفظي على منقولات أو عقارات مدينه إذا كـان حاملا لسند دين أو كـان لديه مسوغـات ظـاهرة ترجح وجود الدين , و يخشى فقدان الضمان لحقوقه ) [(2)].

---

(1) – voir Claude Brenner , op-cit , p 60 .

(2) – راجع في هذا الشأن د / طلعت دويدار , المرجع السابق , ص 202 .

– و راجع د / العربي الشحط عبد القادر و نبيل صقر ، طرق التنفيذ ، دار الهدى للنشر ، الجزائر ، بدون طبعة ، سنة 2007 ص 112 .

إذن ، و حسب نص المادة 647 ق.إ.م.إ فإن المشرع يشترط في الحق المراد اقتضائه أن يكون محقق الوجود حال الأداء , و أن يثبت هذا الحق بسند دسن دون تحديد خاص لنوع و طبيعة هذا السند وفي حالة عدو وجود هذا السند يمكن إثبات الحق بمسوغات ظاهرة , أي بكل دليل يجعل القاضي يقتنع بوجود علاقة دائنية بين الدائن و المدين .

**و في مصر** كان القانون القديم يجيز توقيع الحجز التحفظي لحق غير معين المقدار , أما القانون الجديد فأصبح يستلزم صدور أمر القاضي بتقدير الدين تقديرا مؤقت قبل توقيع الحجز , فقد نصت المادة 319 من قانون المرافعات المصري على : ( لا يوقع الحجز التحفظي في الأحوال المتقدمة إلا اقتضاء لحق محقق الوجود حال الأداء , و إذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذي أم حكم غير واجب النفاذ أو كان دينه غير معين المقدار فلا يوقع الحجز إلا بأمر قاضي التنفيذ يأذن فيه بالحجز ويقدر دين الحاجز تقديرا مؤقتا [1].

**و أما في فرنسا** نجد أن المشرع الفرنسي يشترط أن يكون الدين محقق الوجود حيث تنص المادة 67 من القانون الصادر سنة 1991 : ( لكل شخص له دين محقق الوجود في أساسه أن يطلب من القاضي إذنا لتوقيع تدابير تحفظية على أموال مدينه , دون إلزام مسبق , في حالة وجود ظروف تشكل خطرا لاستيفاء الحق ).

و قد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية , حيث أيدت حكم جهة الاستئناف , والذي قضى أن التركة التي تثير مشكلة تنازع القوانين , و بالتالي يحتمل فيها تطبيق القانون الأجنبي بحيث يترتب عليها حالة غير واضحة بشأن الورثة تعتبر سببا لتوقيع الحجز التحفظي [2].

---

(1)- راجع المستشار عبد الحميد المنشاوي ، المرجع السابق ، ص 566 .

(2) -article 67 de la loi du 1991 ( toute personne dont la créance paraît fondée en son principe , peut sollicite du juge l’autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteurs , sans commandement préalable , si elle justifie de circonstances susceptible d’en menacer le recouvrement ) .
-voir Jean-Marc delleci / op-cit/ p 377 et 378 .

## الفرع الثالث
## شرط أن يكون الحق حال الأداء

إن الفقه السائد في فقه المرافعات أن كل أنواع الآجال تحول دون تحقق شرط حلول الأداء في الحجز التنفيذي , و تستوي في ذلك الآجال الاتفاقية أو القضائية أو القانونية , إلا أن الأمر يختلف معه فيما إذا كان الأجل القضائي ( نظرة الميسرة ) يحول دون تحقق شرط حلول الأداء في الحجز التحفظي .

و قد ذهب رأي أول إلى أن الأجل القضائي لا يحول دون إمكانية توقيع الحجز التحفظي وذلك على أساس أن القاضي لا يعطي للمدين ( نظرة الميسرة ) إلا ليسهل عليه التنفيذ الاختياري , لا ليوفر له فرصة لتهريب أمواله , و أن الحجز التحفظي لا يرمي مباشرة إلى الاقتضاء الفعلي للحق كالحجز التنفيذي , كما أنه إذا كانت الإجراءات التنفيذية غير جائزة , فإنه ليس ثمة هناك ما يحول دون اتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال المدين المنقولة [1].

و أما رأي آخر فيذهب إلى أن عدم حلول الأداء سبب كافي يحول دون توقيع الحجز التحفظي , وأنه لا يجوز القياس بين وقوع المقاصة القانونية – رغم نظرة الميسرة – , و بين وقوع الحجز التحفظي كما أن الأجل هو الأجل أيا كان مصدره , و ما دام القاضي قد منح المدين مهلة ليمكنه من سداد الدين فإن إجراءات الحجز التحفظي ضد هذا المدين قد تعرقل بدلا من أن تساعد في تحقيق الهدف.

و كما أن عدم توقيع الحجز التحفظي في هذه الحالة يحقق فائدة للمدين و للدائنين أنفسهم , لأنه يمكن للمدين من حشد العناصر الأخيرة لموارده , و بالتالي يبدو منطقيا عدم السماح بتوقيع الحجز التحفظي حتى تتهيأ هذه الفرصة [2].

**و عليه ، فإن التساؤل المطروح هنا هو موقف المشرع الجزائري ؟** , فبالرجوع إلى نص المادة 647 ق.إ.م.إ نجدها تنص على : ( يجوز للدائن , بدين محقق الوجود حال الأداء .........) وعليه نلاحظ أن المشرع لم يتطرق بصراحة إلى أحكام الأجل و مدى تأثيرها على اتخاذ الإجراءات من عدمها لكننا بتحليلنا لبعض العناصر يمكننا الوصول إلى حكم ما , و بالرجوع إلى نص المادة 647 ق.إ.م.إ نجد أن

---

(1) – راجع في هذا الشأن د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 204 .

– وراجع المادة 119 من القانون المدني الجزائري المتعلقة نظرة الميسرة و تقابلها المادة 346 من القانون المدني المصري .

(2)- د / العربي الشط عبد القادرو نبيل صقر ، نفس المرجع ، ص 113 .

المشرع الجزائري يستعمل الأسلوب التخيري الجوازي – **يجوز للدائن بدين محقق الوجود , حال الأداء** – و عليه , ما دام الأمر جوازيا فهو متروك للسلطة التقديرية للقاضي فهو الأقدر على تحديد العناصر الموضوعية المحيطة بالدائن والمدين .

و بالإضافة إلى أن الغاية من الحجز التحفظي هي التحفظ على المال و ضبطه خشية التهريب ومنه فهل يعقل أن يقيد حق الدائن في اتخاذ الإجراءات التحفظية بحجة الأجل , و هو يرى المدين يتصرف في أمواله بغية تهريبها .

و أخيرا فإن الاستعجال عنصرا أساسيا في الحجز التحفظي , و بالتالي تتعارض هذه الميزة مع عنصر الأجل الذي يتسم بالتريث و الانتظار , ومنه فحتى في الحالات التي يكون فيها دين الدائن مستحق الأداء معلق على شرط لم يتحقق بعد , وعندما يجد الدائن من الأسباب الصحيحة والموضوعية ما يحمله على الخوف من عدم ملاءة الديون , أو من إفلاس المدين أو هربه , فعلى الدائن أن يزود القاضي بوسائل الإقناع و بأن هذا الخوف جدي و موضوعي ليوقع حجزا تحفظيا على أموال المدين .

و كخلاصة لما تقدم , يمكننا القول بأن الأجل كقاعدة عامة يحول دون توقيع الحجز التحفظي إذا ما كان المدين حسن النية , أما إذا ما قام بتصرف القصد من وراءه تهريب الأموال , فإنه بالضرورة لا يستفيد من الأجل باعتباره قد قام بغش , و الغش يفسد كل شيء و يترتب عليه سقوط الأجل و حلول أجل الاستحقاق , و من ثم إمكانية توقيع الحجز التحفظي .

## المطلب الثاني

## الشروط المتعلقة بأطراف التنفيذ

يخضع أطرف التنفيذ إلى شروط و أحكام للقيام بإجراءات التنفيذ , و من أهم الشروط التي يجب أن تتوفر في أطراف التنفيذ هي الصفة و الأهلية , و لكن الأمر يختلف ما إذا كنا بصدد الحديث عن الدائن الحاجز أو المدين المحجوز عليه , و كذلك يختلف الأمر بين الحجز التحفظي والحجز التنفيذي و قد تطرق المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان أحكام عامة في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية , الفصل الثالث أحكام مشتركة في التنفيذ الجبري القسم الثاني في حالة وفاة أحد أطراف التنفيذ من المادة 615 إلى المادة 618 .

و نشير في هذا الصدد أن المشرع الجزائري و بموجب النصوص القانونية يتحدث عن فقدان الصفة أو الأهلية في التنفيذ , و يستخلص بداهة أن هذه الشروط يجب أن تتوافر ابتداء و قبل الشروع في اتخاذ إجراءات التنفيذ سواء كنا بصدد الحجز التحفظي أو الحجز التنفيذي .

و يقال أن الصفة و المصلحة هي من شروط قبول الدعوى , وهي كذلك شروط لقبول الدعوى التنفيذية , أو شرط قيام الحق في التنفيذ , أو بمعنى أخر شروط لقبول أي طلب يقدم بتنفيذ حكم أو سند تنفيذي أخر , فكما أن الدعوى لا تقبل إلا من صاحب الحق المعتدى عليه أو من ينوبه وأن الدفع لا يتمسك به إلا من يوجه إليه أو من يمثله فإن طلب التنفيذ أو خصومة التنفيذ لا يقبل إلا من صاحب الصفة في التنفيذ , فإذا قدم طلب التنفيذ من شخص ليست له صفة في التنفيذ كان غير مقبول و إذا قام هذا الشخص بالتنفيذ فإن الحجز الذي يقوم به يعتبر و كأن لم يكن أي لا يعتد به , و الصفة في التنفيذ تثبت للشخص الذي يؤكد السند التنفيذي ( سند دين أو سند تنفيذي ) أنه صاحب الحق الموضوعي (1).

## الفرع الأول
## طالب التنفيذ

طالب التنفيذ هو عادة من يظهر على مسرح التنفيذ من أشخاص , إذ من يطلب التنفيذ لصالحه على أموال المدين هو طالب التنفيذ و يعبر عنه باسم " الدائن الحاجز" عندما يباشر التنفيذ بطريق الحجز ونزع الملكية و هو الطرف الإيجابي في علاقة التنفيذ , إذ لا يشرع في هذا الأخير إلا بناءا على طلبه (2).

و يعبر الفقه عن الطرف الإيجابي في التنفيذ أحيانا بلفظ الدائن الحاجز أو طالب التنفيذ , و لكن يجب أن يفهم أن المقصود من هذه الألفاظ أن المعنى يشمل كل الدائنين الحاجزين و مهما تعددوا كما يشمل أيضا أصحاب الحقوق المقيدة الذين يتم إدخالهم في إجراءات التنفيذ على العقار .

**و يرى بعض الفقهاء أن أهمية تحديد الطرف الإيجابي في التنفيذ تبدو من ناحيتين :**

– فالأولى أن هذا الطرف تكون له وحده سلطة مباشرة إجراءات التنفيذ , حتى و إن تعدد الحاجزون فالقاعدة في طرق التنفيذ بالحجز و نزع الملكية تخول هذه السلطة للحاجز الأول ويطلق عليه اسم الدائن المباشر للإجراءات .

---

(1)– راجع د / نبيل إسماعيل عمر , المرجع السابق , ص 238.

(2)– أنظر د / أحمد خليل , التنفيذ الجبري , الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت , 2003 , ص 214 .

– <u>أما الثانية</u> فإنه لا يستفيد من إجراءات التنفيذ و لا يضار منها إلا من كان طرفا فيها و هو ما يعرف بالأثر النسبي للإجراءات , ولذلك يترتب على تحديد الطرف الإيجابي للتنفيذ تحديد آثار إجراءاته [(1)].

**أ – <u>الصفة في طالب التنفيذ</u> :** يجب أن يطلب التنفيذ ذو صفة حتى يكون مند البداية صحيحا , فلا يكفي أن يبدأ التنفيذ بناءا على طلب من ليس له صفة في ذلك , فإذا لم تكن له هذه الصفة كانت الإجراءات باطلة حتى و لو ثبت له قبل إتمام الإجراءات .

و معنى ذلك أنه يجب أن يكون حق الدائن الحاجز ثابتا وقت التنفيذ , أي وقت الحجز و إلا كان باطلا , و حتى لو أصبح الحاجز دائنا اثناء الحجز فإن ذلك لا ينقد الحجز من البطلان , لأنه حين وقوع الحجز لم يكن الحاجز دائنا أي لم تكن له صفة في اتخاذ إجراءات الحجز و منه يجب أن يشعر المدين بجدية الإجراء مند البداية حتى يدفعه ذلك إلى محاولة تلاشيه إذا استطاع ذلك , و ذو الصفة في طلب التنفيذ هو من أعطاه السند التنفيذي ذلك , و هو الدائن صاحب الحق الموضوعي الثابت في السند على أنه إذا انتقل هذا الحق لغير الدائن انتقل معه الحق في التنفيذ و ثبتت الصفة لخلفه .

**1– <u>الصفة في الدائن</u>** : لاشك في توافر الصفة في طلب التنفيذ لصاحب الحق الموضوعي الثابت اسمه في السند التنفيذي , مع مراعاة أنه يمكن لأي دائن طلب الإجراءات و لو لم يكن بيده السند التنفيذي على أن يطلب ترخيصا أو إذنا من القضاء لتوقيع ذلك , كما أنه ليس بلازم أن يطلب هذا الدائن باسمه و إنما يمكن ( و يجب أحيانا ) أن يطلب التنفيذ هذا باسمه , و لكن لحساب الدائن وبناءا عليه تثبت الصفة في طلب التنفيذ لوكيل الدائن أو لنائبه القانوني أو القضائي , و قد نصت المادة 647 ق.إ.م.إ : ( يجوز لدائن , بدين محقق الوجود حال الأداء أن يطلب بعريضة مسببة مؤرخة وموقعة منه أو ممن ينوبه ....) و عليه يظهر من نص المادة المتقدمة أن المشرع الجزائري قد أجاز النيابة في طلب التنفيذ و تستوي في ذلك أن تكون النيابة قانونية أو اتفاقية .

**2 – <u>الصفة في خلف الدائن</u>** : إذا ثبت الحق لشخص كان له صفة المطالبة به على أن الحق بعد أن يثبت لأحد الأشخاص , قد يحدث أن تنتقل حالة حياته أو بعد موته إلى شخص أخر و هنا تنتقل الصفة في طلب التنفيذ من السلف إلى الخلف , و نظرا لأن الصفة تندمج في الحق المقرر في السند فإن انتقال الحق يترتب عليه انتقال الصفة , و يحدث كثيرا أن تنتقل الحقوق من شخص إلى أخر فطبيعة الحياة التي وهبها الله للإنسان هي التي فرضت ذلك , إذ الإنسان تنتهي حياته بالوفاة , و لابد بعد موته من وجود من يخلفه في الحقوق التي تركها و حينئذ يتأثر هذا الخلف بالتصرفات التي قام به سلفه .

---

(1)- أنظر د / العربي الشحط عبد القادر و د/ نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 19.

و كما أن حقوق الشخص تنتقل منه إلى آخر حال حياته , فيتأثر الثاني بالعقود التي سبق للأول أن أجراها متعلقة بها , و من هنا تنصرف آثار العقود و سائر التصرفات فيما بعد من عاقديها إلى خلفهما , فالمتعاقدين إذا تعاقدا انصرف أثر العقد إليهما و إلى من يمثلانه في التعاقد أي خلفهما العام والخاص , فالخلف لا يعد من الغير بالنسبة لعقود سلفه [(1)].

إذن للخلف صفة في طلب التنفيذ بمقتضى السند التنفيذي نفسه الذي كان لصالح السلف إذا لم هذا الأخير قد طلبه أما إذا كان قد طلبه خلفه من قبل , حل الخلف محله و تابع إجراءات التنفيذ من حيث وقفت دون إعادة ما تم منها , فهذا لا يضر المدين الذي يتحمل في النهاية مصروفات التنفيذ , و كل ما هو مطلوب أن يعلن الخلف ما يثبت صفته إلى المنفذ عليه قبل اتخاذ أي إجراء [(2)].

و لقد نصت المادة 1/615 ق.إ.م.إ على : ( إذا توفي المستفيد من السند التنفيذي قبل البدء في إجراءات التنفيذ أو قبل إتمامه يجب على الورثة الذين يطلبون التنفيذ إثبات صفتهم بفريضة ) وتضيف المادة 616 من نفس القانون : ( يجوز أن يستكمل التنفيذ من طرف جميع ورثة الدائن مجتمعين أو من أحدهم دون تفويض من باقي الورثة ) , وأما المشرع المصري فقد نص في المادة 283 من قانون مصري على : ( من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن في حقه حل محله فيما يتخذ من إجراءات التنفيذ ).

**ب – <u>أهلية طالب التنفيذ</u> :** يهدف طلب التنفيذ الحصول على حق الدائن دون أن يقابله التزام يمس مال القائم به , و من ثم يعتبر طلب التنفيذ من الأعمال النافعة التي لا يشترط فيها إلا أهلية الإدارة دون أهلية التصرف على اعتبار أن أهلية الأداء تقسم إلى أهلية تصرف و أهلية الإدارة , وبالتالي تكفي أهلية الإدارة , لأن التنفيذ يهدف إلى مجرد قبض الدين , و هو عمل من أعمال الإدارة الحسنة ولذلك يجوز للقاصر المأذون له بالإدارة طلب التنفيذ كما يجوز للوصي و دون حاجة للحصول على ترخيص من المحكمة للقيام بذلك , و إذا كان يشترط في الدائن الحاجز أن يكون متمتعا بأهلية الإدارة فليس معنى ذلك أنه إذا لم يكن متمتعا بها فإنه لا يستطيع أن ينفذ على أموال المدين ليستوفي حقه منه بل يمكنه ذلك وغاية ما في الأمر أنه يجب أن تتخذ الإجراءات بمعرفة من يمثله كالوصي أو الولي أو القيم , بحيث أنه في حالة قيام نزاع أمام القضاء يتدخل الممثل القانوني أو الإتفاقي أو القضائي [(3)].

---

(1) - راجع د / أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 216 .

(2) – راجع د / العربي الشحط عبد القادر و نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 237 .

– و راجع د/عمارة بلغيث ، التنفيذ الجبري و إشكالاته ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، الجزائر، ص 21 .

(3) - voir Denyse Chabot-Léonard , saisie conservatoires et saisie exécutions , édition établissements Émile brylant Bruxelles 1979 , p 83 ,

- et voir Roger Perrot Et Philippe Théry , procédures civiles d'exécutions , édition Dalloz, 2000 , p 141

# الفرع الثاني
# المنفذ عليه

إذا كان طالب التنفيذ هو الطرف الإيجابي الذي يتخذ الإجراءات , فإن المنفذ ضده هو الطرف السلبي الذي يتخذ الإجراءات في مواجهته , و يشترط فيه ما يشترط في طالب التنفيذ من الصفة و الأهلية , كما أن الحق في التنفيذ ينتقل من صاحب الحق المذكور في السند إلى خلفه , فإن الأمر كذلك بالنسبة إلى الإلتزام بالتنفيذ , فقد يجري التنفيذ ضده باعتباره المحكوم عليه بعينه أو في مواجهة الغير الضامن , و هذا نتيجة للقاعدة العامة التي تنص على أنه لا يحق لأحد أن يتهرب من التزاماته .

**أ – <u>الصفة في المنفذ ضده</u> :** يجب أن توجه إجراءات التنفيذ من ذي صفة إلى ذي صفة , و صفة المنفذ ضده تثبت للمدين فهو المسئول الشخصي عن المدين , و هو أول من يجب التنفيذ عليه فهو الملتزم في السند التنفيذي أو سند الدين بتحديد شخص المدين بالالتزام , كما يجب أن تستمر أن تستمر صفة المدين أثناء التنفيذ , فإذا قام الشخص بالوفاء بما عليه أو أنقضى التزامه بأي سبب فإن إجراءات التنفيذ يجب أن تتوقف و عندئذ يمكن للمنفذ ضده أن يقدم منازعة أو إشكال في التنفيذ نظرا لطروء وقائع لاحقة على صدور السند التنفيذي أو سند الدين ( في الحجز التحفظي ) أثرت على عملية التنفيذ [1].

و لا يكفي أن تتوافر صفة المدين في المنفذ ضده , بل يجب أن يكون مالكا للمال المراد التحفظ عليه عند البدء في التنفيذ , فإذا تم الحجز على مال غير مملوك للمدين كان باطلا , ذلك أن من شروط صحة الحجز أن يكون المال مملوكا للمدين , إذ هذا المال يضمن حق الدائن , فهو الضمان العام الذي تمثله الذمة المالية للمدين , و في حالة ما إذا وقع الحجز على مال مملوك للغير يمكن لهذا الأخير طلب استرداده أو استحقاقه مع طلب بطلان الحجز لوروده على غير مال للمدين [2].

و نشير في هذا الشأن أنه لا يمكن توقيع الحجز على بعض الأشخاص , بحيث أن ليس كل شخص مدين بمال يمكن توقيع الحجز عليه , فهناك بعض الأشخاص يتمتعون بنوع من الحصانة التنفيذية رغم تحقق صفة المديونية فيهم , و بالتالي لا يمكن الحجز على أموال الممثليات الدبلوماسية

---

(1)– راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 288.

(2)- راجع أحمد خلاصي، قواعد و إجراءات التنفيذ الجبري وفقا لقانون الإجراءات المدنية و التشريعات المرتبطة به ، منشورات عشاش ، الجزائر ، ص 195 .

– و راجع أيضا د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 238 .

والقنصلية للدول بالإضافة إلى الهيئات الدولية كهيئة الأمم المتحدة و وكالتها المتخصصة , لكن هذه الحصانة ليست مطلقة و لا تشمل كل الأموال , فالديون الناشئة عن المعاملات التجارية للدول الأجنبية أو الديون الشخصية التي تنشأ في ذمة الدبلوماسيين , فهذه الأعمال ليست لها أي علاقة مع فكرة السيادة للدول الأجنبية , و بالتالي يمكن مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري لاستيفاء الديون الناشئة عن هذه المعاملات [1].

و من المتصور أن يتعدد المدينون و يحصل الدائن على سند بحقه , و في هذه الحالة يجب مراعاة إذا كان بين المدينين تضامن بينهم أم لا , ففي هذه الحالة ما إذا لم يكن بينهم تضامن فلا يجوز تنفيذ السند إلا اتجاه المدين الذي صدر الحكم شخصيا , أي المدين الملتزم شخصيا في السند التنفيذي ولا ينفذ تجاه باقي المدينين إذا لم يكونوا أطرافا في الدعوى التي صدر فيها الحكم وفي حالة ما إذا كان هناك تضامن بين المدينين و المسألة هنا محل خلاف , إلا أن الرأي الغالب هو عدم إمكانية التنفيذ على المدين المتضامن إذا لم يدرج اسمه في السند التنفيذي على اعتبار أن الحق في التنفيذ يستمد من السند التنفيذي و ليس لمجرد التضامن إلا في حالة الشريك المتضامن في شركة التضامن , و يذهب الفقه الغالب إلى إمكانية التنفيذ على الشريك المتضامن رغم عدم إدراج اسمه في السند التنفيذي [2].

**ب – <u>الصفة في خلف المدين</u> :** لا شك في إمكانية التنفيذ ضد الخلف العام للمدين , دون حاجة إلى صدور سند تنفيذي جديد , و سواء تمت الخلافة قبل البدء في التنفيذ أو أثناءه , فالأصل في الشريعة الإسلامية و بعض القوانين الوضعية أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون , حيث تنتقل التركة محملة بالديون من المورث إلى الوارث , و لهذا فإن السند التنفيذي الصادر ضد المدين المورث يصلح للتنفيذ بموجبه ضد الورثة و لا يلزم تجديده لكنه و بالمقابل يشترط إعلام الورثة حتى تتاح لهم الفرصة الكافية ليتدبروا أمرهم إما بالوفاء الاختياري أو الاستعداد لمواجهة الإجراءات أو الاعتراض عليها , و قد نصت المادة 617 ق.إ.م.إ : ( إذا توفي المنفذ عليه قبل البدء في إجراءات التنفيذ , فلا يجوز التنفيذ ضد ورثته إلا بعد التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء إلى ورثته جملة أو أحدهم في موطن مورثهم وإلزامهم بالوفاء وفقا لأحكام المادتين 612–613 أعلاه ) , و منه يتضح من فحوى المادتين أن الصفة في المنفذ عليه تنتقل

---

(1) – راجع أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 197 .

– نصت اتفاقية فيينا حول العلاقات الدبلوماسية المؤرخة في 18 أفريل 1961 ، التي انضمت إليها الجزائر في 14 أفريل 1964 , في المادة الواحدة و الثلاثون ، الفقرة الثالثة منها على : ( لا يمكن اتخاذ أي إجراء تنفيذي ضد العون الدبلوماسي باستثناء الحالات المنصوص في الفقرة الأولى الفقرات أ ، ب ، ج من هذه المادة ، و بشرط أن يتم التنفيذ دون انتهاك لحرمة الدبلوماسي أو لمقر سكناه ) .

- Article 31 / 3 : aucune mesure d’exécution ne peut être prise a l’égard de l’agent diplomatique, sauf le cas prévus aux alinéas A, B, C du paragraphe 1 du présent article, et pourvu que l’exécution puisse se faire sans qu’il soit porte atteinte a l’inviolabilité de sa personne ou de sa demeure.

(2) - راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 299 .

إلى الورثة دون حاجة إلى تجديد السند التنفيذي أو سند الدين , لكن يشترط المشرع الجزائري إعادة تكليف الورثة مجتمعين أو أحد الورثة , هذا بالنسبة لحجز بنزع الملكية , أما الحجز التحفظي فليس ثمة من سبيل لإعلام الورثة , بل يمكن للدائن أن يوقع الحجز التحفظي و بنفس الإجراء يقوم بتبليغ الحجز إلى الورثة , و ما يمكن ملاحظته في هذه الحالة أي حالة المنازعة في صفة الورثة , يجوز للدائن القيام بإجراءات الحجز التحفظي على أموالهم والحجز هنا يبقى صحيحا إلى حين الفصل في المنازعة حيث نصت المادة 615 الفقرة الثالثة من ق.إ.م.إ : ( يجوز للدائن في الحالات المذكورة في الفقرات أعلاه حفاظا على حقوقه , أن يقوم بإجراءات الحجز التحفظي على أموال مدينه , و الحجز في هذه الحالة لا يخضع للتثبيت , و يبقى صحيحا إلى حين الفصل في دعوى المنازعة في الصفة ) .

وعليه , نرى أن المشرع حسنا ما فعل حين مكن الدائن من توقيع الحجز, و أعفاه من ضرورة تثبيته على اعتبار أن الفصل في دعوى المنازعة في الصفة أمام قاضي الموضوع قد تستغرق وقتا يتعارض مع إجراء تثبيت الحجز , الذي يتسم بالسرعة و الاستعجال , و عليه كان من الضروري التوفيق بين هاتين الحالتين المتناقضتين بأن أعفي المدين من تحقيق الحالة الثانية أي تثبيت الحجز .

**وأما المشرع المصري** فنجده قد نص في المادة 284 من قانون المرافعات المصري على أنه : ( إذا توفي المدين أو فقد أهليته أو زالت صفة من يباشر الإجراءات بالنيابة عنه قبل البدء في التنفيذ أو قبل إتمامه فلا يجوز التنفيذ قبل ورثته أو من يقوم مقامه إلا بعد مضي ثمانية أيام من تاريخ إبلاغهم بالسند التنفيذي ) .

و منه نلاحظ أن المادة 284 مرافعات مصري تنظم حالة فقدان الصفة بسبب الموت أو بسبب أخر قبل البدء في التنفيذ أو بعده , و هنا تسير المادة إلى انتقال الحق في التنفيذ ( سواء تحفظيا أو تنفيذيا ) على الورثة , و منه يختلف المشرع الجزائري عن المشرع المصري في المدة الممنوحة للورثة فالأول يمنح مهلة 15 يوما , أما الثاني فيمنح مهلة 08 أيام , كما أن المشرع المصري لم ينظم حكم المنازعة في الصفة في حالة الحجز التحفظي , على عكس المشرع الجزائري الذي نص على حكم يكفل حق الدائن بإجراءات بسيطة و غير معقدة .

**و أما في فرنسا** فقد قررت المادة 2206 من القانون المدني الفرنسي عدم جواز الحجز على عقارات القصر إلا بعد محاولة الحجز على المنقولات و عدم كفايتها للوفاء بديون المدين القاصر , و في هذه الحالة يمكن مباشرة الحجز على أموال المدين القاصر , ومنه مباشرة الحجز على عقاراته كما أضفت المادة 2207 من القانون المدني الفرنسي نوع من المرونة على هذه القاعدة و قررت بجواز الحجز على أموال المدين القاصر إذا كان يملك العقار مشاعا مع شخص بالغ ويشترك معه في الدين أما الحالة الثانية , و هي أن يباشر الدائن إجراءات الحجز على عقارات المدين , ثم يصير هذا الأخير ناقص

الأهلية أو عديم الأهلية بسبب من الأسباب , ففي هذه الحالة يستمر الدائن في إجراءاته دون أن تؤثر هذه العوارض على الإجراءات على اعتبار أن الدائن و كأن له حق مكتسب (1).

و أما الخلف الخاص للمدين , و هو مثلا من تمت حوالة الدين إليه أو نقلت إليه حيازة المنقول الذي التزم المدين بتسليمه , فإن لديه صفة أيضا في التنفيذ ضده بمقتضى السند التنفيذي نفسه ,الصادر ضد سلفه إذ يعتبر أن الدين أو المنقول قد انتقل إلى الخلف الخاص محملا بعبء الخضوع للتنفيذ ونفس الحكم ينطبق على حائز العقار المرهون فله صفة في أن ينفذ على العقار المرهون في مواجهته هو (2).

**ب- <u>أهلية المنفذ عليه</u> :** تختلف أهلية المنفذ عليه باختلاف نوع التنفيذ , ففي التنفيذ المباشر تكفي أهلية الإدارة , إذ يجوز التنفيذ ضد القاصر المميز المأذون له بالإدارة لإجباره على تنفيذ التزاماته المتعلقة بإدارته و علة هذا التنفيذ المباشر هو مجرد اقتضاء لمحل الإلتزام الأصلي و هو ما يملك المأذون له بالإدارة أن يفي به اختيارا (3).

أما التنفيذ بالحجز و نزع الملكية فهو يشترط بالنسبة له أهلية التصرف عكس أهلية طالب التنفيذ لأن من شأنه إخراج المال من ملك المنفذ عليه أي التصرف فيه , و لذلك إذا كان المدين عديم الأهلية أو ناقصها فإن الإجراءات توجه إلى من يمثله قانونا سواء كان وليا أو وصيا أو قيما , و ينطبق ذلك سواء كان التنفيذ ضد عديم الأهلية أو ناقصها إبتداءا أو فقدها أو زالت صفة نائبه بعد البدء في التنفيذ فإذا بدأت إجراءات التنفيذ ضد المدين كامل الأهلية ثم طرأ عليه عارضا من عوارض الأهلية , فيجب متابعة الإجراءات ضد من يمثله , و إذا لم يكن لمن يجري التنفيذ عليه من يمثله فلطالب التنفيذ أن يلجأ إلى المحكمة المختصة طالبا تعيين قيم عليه حتى يتسنى توجيه إجراءات التنفيذ عليه و في ذلك حماية له من الإجراءات التي تؤثر في مصالحه وهو وضع لا يمكنه الدفاع عنه (4).

وتنص المادة 617 / 2 : ( إذا فقد المنفذ عليه أهليته أو زالت صفة من كان يباشر الإجراءات نيابة عنه قبل البدء في إجراءات التنفيذ أو قبل إتمامه فلا يجوز التنفيذ إلا بعد التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء لمن قام مقامه في موطن المنفذ عليه و إلزامه بالوفاء وفقا للمادتين 612 – 613 أعلاه ) .

---

(1)- voir Roger Perrot Et Philippe Théry, op-cit , p 167 .

(2) – راجع د / أحمد خليل , المرجع السابق , ص 220 .

(3)- راجع د / فتحي والي ، التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المرافعات الجديدة ، دار النهضة العربية ، 1971 ، مصر، ص 169.

– و راجع أيضا د ، طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 241 .

(4) - راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 242 .

– و راجع د / العربي الشحط عبد القادر و د/ نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 26 .

و يترتب على مخالفة هذه الأحكام أي توقيع إجراءات الحجز سواء كان تنفيذيا أو تحفظيا بطلان إجراءات الحجز بطلانا مطلقا , لأن خصومة التنفيذ شأنها في ذلك شأن خصومة التقاضي تعد من قواعد التنظيم القضائي في الدولة و الذي يتعلق باعتبارات النظام العام , إذ تعتبر قواعد الأهلية و التمثيل القانوني من الشروط الأساسية لصحة خصومة التنفيذ و هي متصلة أساسا بفكرة النظام العام إضافة إلى أن هذه القواعد توضع لحماية ناقصي الأهلية , و توفير السبل التي تكفل الدفاع عن مصالحهم تحقيقا للمصلحة العامة للمجتمع , هذا ما يجعل هذه القواعد متعلقة بالنظام العام و بالتالي مخالفتها يرتب بطلان الإجراء بطلانا مطلقا لا يرد عليه أي شكل من أشكال التصحيح أو الإجازة ومنه نحن نخالف تماما رأي الدكتور "فتحي والي" بقوله أن هذا البطلان يمكن تصحيحه بالنزول عنه من قبل من تقررت لمصلحته رغم أنه يعتبر أن هذا البطلان هو بطلان مطلق (1).

و نحن نرى أن هذا الموقف غير سليم و يتنافى مع الفكر القانوني في شأن أحكام البطلان المطلق وآثاره , و عليه فلا يستقيم الأمر في جعل البطلان المطلق لمحض إرادة الأشخاص و جعل النظام العام و المصلحة العامة فكرة شخصية تتعلق بالفرد لا بالمجتمع , و منه نقول أن مخالفة هذه الأحكام ( أحكام الأهلية ) يترتب عليه بطلان الإجراء بطلانا مطلقا .

و نشير في الأخير أن التشريعات الثلاث أي التشريع الجزائري و المصري و الفرنسي تتشابه في تقرير القواعد العامة بشأن عدم جواز الحجز مباشرة على منقولات المدين ناقص الأهلية والقول بهذا لا يعني سقوط حق الدائن في مباشرة إجراءات الحجز , بل له القيام بذلك و لكن في مواجهة الممثل القانوني أو الاتفاقي أو القضائي , و يظهر هذا التقييد جليا خاصة إذا كان الحجز ينصب على عقارات القصر , فإن الأمر يختلف نوعا ما في هذه الحالة , فالتشريعات الثلاث تضيق من نطاق الحجز على عقارات القصر و هذا حرصا من هؤلاء المشرعين على حماية أموال القصر .

(1) للمزيد راجع د/ فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 171-172.

# المبحث الثاني

# الشروط الشكلية و الإجرائية

يستوجب القانون لتوقيع الحجز التحفظي على أموال المدين شروطا متعلقة بالدين و أطراف التنفيذ و قد تطرقنا إلى ذلك , و شروط شكلية أو إجرائية , فالحجز سواء كان تحفظيا أو تنفيذيا يقوم على جملة من الشروط و الشكليات و الإجراءات , فهو نظام قانوني متكامل و إذا تخلف شرط من هذه الشروط أو الإجراءات و الشكليات تعطلت الحماية التنفيذية , و في بعض الحالات قد تسقط و منه كان وجوبا كما أشرنا في مستهل هذا المبحث أن يراعى الدائن ما يتطلبه القانون .

و لما كان الحجز التحفظي يوقع قصد التحفظ على المال , و لا يشترط فيه السند التنفيذي فكان من الطبيعي أن يشترط فيه جملة من الشروط الشكلية التي حددها القانون , و قد حددت المادة 647 ق.إ.م.إ بعض الشروط التي يستوجبها في الحجز التحفظي : " يجوز للدائن , بدين محقق الوجود , حال الأداء , أن يطلب بعريضة مسببة مؤرخة و موقعة منه أو ممن ينوبه , استصدار أمر بالحجز التحفظي على منقولات أو عقارات مدينه , إذا كان حاملا لسند دين أو كان لديه مسوغات ظاهرة ترجح وجود الدين و يخشى فقدان الضمان لحقوقه " .

كما نصت المادة 649 من نفس القانون على : " يتم الحجز التحفظي بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدين أو مقر الأموال المطلوب حجزها .

و يلزم رئيس المحكمة بالفصل في طلب الحجز في أجل أقصاه خمسة (5) أيام من تاريخ إيداع العريضة بأمانة الضبط " .

**و من خلال نص المادتين السالفتي الذكر يمكننا القول أنه لتوقيع الحجز لابد من توافر شرطين رئيسيين و هما :**

**1- ضرورة استصدار أمر على ذيل عريضة يوجه إلى رئيس المحكمة** , و يكون هذا الطلب طلبا مكتوبا , حيث يقدم فيها الدائن أو من ينوبه عريضة موقعة تتضمن تسبيبا لطلب توقيع الحجز على منقولات أو عقارات المدين , و نجد أن القانون الجزائري في هذا الشأن يخالف القانون المصري و القانون الفرنسي في اشتراط الإذن من القضاء , بينما نجد كل من القانون المصري و القانون الفرنسي لا يشترط هذا إذا كان بيد الدائن سند تنفيذي , و هذا ما نصت عليه المادة 319 مرافعات مصري , و المادة 68

من القانون الفرنسي رقم 650-91 الصادر في 09 جويلية 1991 [(1)].

و عليه نرى أن كل من القانون المصري و القانون الفرنسي أكثر مرونة من القانون الجزائري فالعبرة من اشتراط الإذن هو أن يتولى القضاء مراقبة عملية الحجز , و بما أن بيد الدائن سند تنفيذي فهذا يعني أن القضاء قد قام بهذا , بالإضافة إلى هذا فإنه يتعين على الدائن أن يرفع دعوى لتثبيت الحجز و بالتالي هناك مجال أخر لمراقبة القضاء مرة أخرى , و بالتالي ففي حالة توقيع حجز تحفظي بشكل تعسفي يمكن توقيع جزاءات مالية على الدائن , و من خلال ما تقدم نرى أنه كان من الأجدر على المشرع الجزائري أن يحدو الطريق الذي سلكه المشرع المصري و المشرع الفرنسي في حالات اشتراط الإذن من القضاء , و ذلك لتسهيل توقيع هذا النوع من الحجوز الذي يتطلب السرعة والمباغتة في توقيعه.

**2 – شرط الاختصاص يتقيد الدائن في توقيع الحجز التحفظي بجملة من القواعد التي يحددها القانون والمتعلقة بالاختصاص سواء كان هذا الاختصاص محلي أو نوعي** , فبصدد الاختصاص المحلي يجب أن يتم الطلب بموطن المدين أو مكان الأموال المراد الحجز عليها , و أما بالنسبة للاختصاص النوعي في استصدار الطلب أو الإذن فيوجه الطلب إلى رئيس المحكمة الموجود بدائرة اختصاصها موطن المدين أو مقر الأموال المطلوب حجزها , فهو المختص إقليميا باعتباره القاضي المكلف بمثل هذه الأمور و أما بالنسبة للأمر في كل من مصر و فرنسا فإن القاضي المختص هو قاضي التنفيذ على اعتبار أن هذه الدول تعتمد نظام قاضي التنفيذ .

و من خلال كل ما تقدم سنحاول التطرق في هذا المبحث إلى شرط طلب الإذن في **المطلب الأول** و إلى شرط الاختصاص بنوعيه الاختصاص المحلي والاختصاص النوعي في **المطلب الثاني** و بطبيعة الحال ستكون دراستنا دائما وفق التشريعات الثلاث محل الدراسة .

---

(1) – تنص المادة 319 من قانون المرافعات المصري على : " لا يوقع الحجز التحفظي في الأحوال المتقدمة إلا اقتضاء لحق محقق الوجود و حال الأداء ، و إذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذي أو حكم غير واجب النفاذ أو كان دينه غير معين المقدار ، فلا يوقع الحجز إلا بأمر من قاضي التنفيذ يأذن فيه بالحجز ، و يقدر دين الحاجز تقديرا مؤقتا .

و يطلب الأمر بعريضة مسببة ، و يجب في الحالة المذكورة في المادة السابقة أن تشمل العريضة على بيان وافي للمنقولات المطلوب حجزها , و للقاضي قبل إصداره أن يجري تحقيق مختصرا إذا لم تكفه المستندات المؤيدة للطلب ، و يجوز أن يكون أمره بتوقيع الحجز بعد مهلة لا تزيد على ثلاثة أيام من تاريخ هذا الأمر للمطلوب الحجز عنه إلا في الحالة المذكورة في المادة السابقة ، و إذا كانت الدعوى مرفوعة بالحق من قبل أمام المحكمة المختصة جاز طلب الإذن بالحجز من رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى ".

- L’article 68 stipule : « Une autorisation préalable du juge n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire. Il en est de même en cas de défaut de paiement d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque ou d'un loyer resté impayés dès lors qu'il résulte d'un contrat écrit de louage d'immeubles » .

## المطلب الأول

## طلب الإذن من القضاء

إن الهدف من الحجز التحفظي هو ضبط مال المدين و منعه من التصرف فيه إضرارا بالدائنين لأجل هذا نجد أن التشريع وضع أحكام مرنة و سهلة تمكن الدائن من تحقيق هدفه و حماية ما له في ذمة المدين من خلال التحفظ على المال , **و السؤال الذي يمكن طرحه هو هل يجوز للدائن أن يبادر إلى إجراء توقيع الحجز مباشرة دون أن يطلب إذن من القضاء ؟**

و بالرجوع إلى نص المادة 646 ق.إ.م.إ التي تنص على : ( الحجز التحفظي هو وضع أموال المدين المنقولة المادية و العقارية تحت يد القضاء و منعه من التصرف فيها , و يقع الحجز على مسؤولية المدين ) .

و تضيف المادة 649 من نفس القانون : ( يتم الحجز التحفظي بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدين أو مقر الأموال المطلوب حجزها .

يلزم رئيس المحكمة بالفصل في طلب الحجز في أجل أقصاه خمسة (5) أيام من تاريخ إيداع العريضة بأمانة الضبط ) .

و عليه فبعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد , لم يعد للدائن الخيار بين أن يسلك سبيل الأمر على عريضة أو القضاء الإستعجالي , و هذا على خلاف ما أكدته المحكمة العليا في قرارها السابق الذي يحمل رقم 31.624 و المؤرخ في 27 / 04 /1983 حيث جاء في إحدى حيثيات القرار ما يلي : ( متى اقتصر نص المادة 345 من قانون الإجراءات المدنية على أن الحجز التحفظي يجري بمقتضى أمر على ذيل عريضة , و من ثم فإن إصدار الأمر عن طريق القضاء الإستعجالي يكون من الجائز قانونا لعدم وجود نص قانوني يمنع ذلك , ما دام حق دفاع المحجوز عليه مضمونا لاتسام الإجراء في كلا الأمرين بالطابع المؤقت , و لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الاستعجال أيدوا أمرا استعجاليا بإجراء حجز تحفظي على سيارتين متنازع في ملكيتها فإنهم بقضائهم كما فعلوا التزموا صحيح القانون ) .

و منه , نرى أن الخيار الذي كان ممنوح للدائن غير مجدي فسلوك طريق القضاء الإستعجالي لا ينسجم مع فكرة مباغتة المدين , كما أنه يتصف بطول الوقت نسبيا و كثرة التكاليف ( من رسوم التسجيل و تكاليف التبليغ و غيرها ) , و عليه فحسنا ما فعل المدين المشرع الجزائري في تعديله لقانون الإجراءات المدنية حين قصر إجراء توقيع الحجز التحفظي عن طريق طلب الإذن من القضاء بموجب أمر على عريضة .

و يقدم الطلب إلى رئيس المحكمة المختصة محليا بعريضة مسببة , مؤرخة و موقعة من الدائن الحاجز أو من ينوبه , وفقا لمقتضيات المادة 647 ق.إ.م.إ : ( يجوز للدائن بدين محقق الوجود حال الأداء أن يطلب بعريضة مسببة , مؤرخة و موقعة منه أو من ينوبه , استصدار أمر بالحجز التحفظي على منقولات أو عقارات مدينه , إذا كان حاملا لسند دين أو كان لديه مسوغات ظاهرة ترجح وجود الدين و يخشى فقدان الضمان لحقوقه ) .

و يتم طلب الإذن من القضاء لتوقيع الحجز في غياب المدين المحجوز عليه , و ذلك قصد مباغته وعدم تمكينه من تهريب أمواله , فالعلاقة تنحصر بين الطالب و القضاء , حيث نصت المادة 310 من ق.إ.م.إ : ( الأمر على عريضة أمر مؤقت يصدر دون حضور الخصم , ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ) (1).

و منه فالإذن بتوقيع الحجز التحفظي يخضع للقواعد العامة في استصدار الأوامر على العرائض و منه يمكن تقديم الطلب إلى رئيس محكمة موطن المدين المحجوز عليه أو أماكن تواجد الأموال المراد الحجز عليها بتحرير عريضة من نسختين متطابقتين تشمل على بيانات معينة و هي :

- اسم و لقب الدائن الحاجز تحفظيا أو من ينوبه .
- اسم و لقب المدين المحجوز عليه .
- عرض موجز للوقائع التي أدت إلى نشوء الدين .
- ذكر الأسباب التي يستند إليها الدائن في هذا الطلب .
- السندات التي تبرر الدين أو المصوغات الظاهرة مع تقدير الدين.
- توقيع الدائن أو ممثله القانوني .
- و أخيرا يلتمس الطالب في آخر العريضة من رئيس المحكمة أن منحه أم توقيع الحجز التحفظي على الأموال المراد الحجز عليها (2).

و للقاضي سلطة تقديرية كاملة يمارسها في غيبة الخصم الأخر , و هي بذلك خصومة تحقيق غير كـاملة باعتبار أنا بصدد سلطة ولائية , يصدر بناءا عليهـا أمر على عريضة مـن رئيس المحكمة فمن

---

(1) – أنظر د/ الأنصاري حسن النيداني ، الأعمال الولائية في التنفيذ الجبري بين قاضي التنفيذ و إدارة التنفيذ ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، طبعة 2009 ، ص 128 .

(2)– لقد حاول بعض الفقهاء أن يجدوا معيارا للتفرقة بين العمل الولائي عن العمل القضائي و غيره من الأعمال ، فذهب البعض إلى القول أن العمل يعد ولائيا إذا لم يكن هناك نزاع ، و لكن هذا المعيار لا يمكن الأخذ به ، لأنه معيار غير دقيق حيث سيضيق نطاق العمل الولائي أو يتسع حسب المعيار المتخذ لتحديد فكرة النزاع ، أما فريق أخر فقد استند إلى المعيار الشكلي ، بحيث أن العمل الولائي هو الذي يصدر في شكل أمر على ذيل عريضة تقدم للقاضي و لا تعلن للطرف الآخر ، و قد تعرض هذا المعيار كذلك للنقد لأنه يعتمد على معيار شكلي محض في حين يجب التركيز على مضمون العمل لا شكله , ناهيك عن أن صدور العمل=

ناحية يمكننا القول بأن له سلطة تقدير مشروعية الحجز فلا يصدر الأمر إلا بعد أن يتحقق من شروطه كاملة , من حيث توافر حالة الخشية من فقدان الضمان العام التي تشكل عنصر الاستعجال المعتبر مناطا للحجز [1].

إن نص المادة 647 ق.إ.م.إ , و التي تقابلها المادة 866 مرافعات مصري و المادة 67 مرافعات فرنسي تعطي لرئيس المحكمة سلطة تقديرية واسعة تدخل فيما يسمى بالتقدير القضائي المستقبلي , حيث يستشرف المستقبل من معطيات الحاضر , بمعنى أنه لن يحسم النزاع حالا حول الدين و مدى وجوده و إنما يقوم بفحص ظاهر المستندات و الوثائق المرفقة بطلب الحجز ويستشرف من خلالها المستقبل فيما لو قضى في أصل الدين و تصور في الحال رجحان وجوده أو عدمه فإذا رجح وجود الدين قرر الإذن بالحجز و إلا سيرفض طلب الحجز , كما أن للقاضي بالإضافة إلى سلطة تقدير مشروعية الحجز له سلطة ملائمة إذ بمقتضاه , له الحق في أن يرفض طلب الإذن بتوقيع الحجز إذا تبين له أن الحق المراد حمايته بالحجز قليل القيمة بحيث لا يتناسب البتة مع مصاريف الحجز , كما له ذلك إذا تبين أن قيمة هذا الحق لا تتناسب مع ما يصيب المدين ضرر نتيجة توقيع الحجز عليه , و يذهب رأي في نفس هذا الاتجـاه , إلى أن للقاضي أن يرفض الإذن بالحجز إذا كــان طالب الحجز سيــئ النية لا يريد سوى الإضرار بمركز المحجوز عليه , و لعل هــذا ما قصده المشرع الجزائري في نص المادة 646 ق.إ.م.إ : ( ... و يقع الحجز على مسؤولية الدائن ) وهذا ما يفيد أن أي انحراف عن الغرض المشروع من توقيع الحجز يرتب قيام مسؤولية الدائن , وهذا ما يتقرر أمام القاضي الذي ينظر في دعوى تثبيت الحجز , فإذا ما تبين للمحكمة التي تنظر في هذه الخصومة عدم إثبات الدين قضت برفض الدعوى و رفع الحجز التحفظي وجوبا مع الفصل في التعويضات المدنية نتيجة الضرر الذي يصيب المدين من الحجوز التحفظية الكيدية بالإضافة إلى توقيع غرامة مالية لا تقل عن 20.000 دج [2].

و القاضي الذي ينظر في طلب الإذن بتوقيع الحجز التحفظي إما أن يقبل الطلب أو يرفضه وعليه **فإن التساؤل الذي يطرح هو هل من سبيل للدائن للطعن في قرار رئيس المحكمة ؟**

---

= في شكل أمر ليس حكرا على الأعمال الولائية .

و قد حاول فريق ثالث لبحث عن معيار العمل الولائي في مدى السلطة الممنوحة للقاضي حيث يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة عند إصداره للعمل الولائي في حين أن سلطته مقيدة عند إصداره للعمل التأكيدي ، و قد تعرض هذا المعيار للنقد و ذلك لأن سلطة القاضي قد تكون مقيدة عند إصداره للعمل الولائي ، و يتجه جانب من الفقه الحديث إلى البحث عن معيار العمل الولائي في الدور الذي يؤديه العمل الولائي في الحياة القانونية و الذي يتجسد في مواجهة مشكلة العجز أو القصور القانوني للتفصيل أكثر راجع د / الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 27–28 .

(1) – أنظر القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 23 .

(2) راجع د/ فتحي والي , المرجع السابق , ص 279 .

# الفرع الأول
# التظلم في قرار الحجز التحفظي

أشرنا فيما سبق , أن رئيس المحكمة المختصة محليا و هو ينظر في طلب الإذن بتوقيع الحجز التحفظي إما أن يقبل أو يرفض الطلب , **و بما أن طلب الإذن يتخذ شكل الأمر على ذيل عريضة التي تدخل في نطاق السلطة الولائية للقضاء , فهل من سبيل للطعن في هذا الأمر ؟**

لقد نظم المشرع الجزائري طرق التظلم في الأمر على عريضة الذي يصدر عن رئيس المحكمة و عليه يختلف الطعن بحسب ما إذا صدر أمر بقبول الطلب أو رفضه .

**الفرض الأول** : يتصور أن المحكمة التي تنظر في طلب الإذن بتوقيع الحجز متى ثبت لها من أوراق الدعوى أن الطلب جدي فيستجيب له رئيس المحكمة , لكنه يعدل في تقدير الدين مثلا وعليه فإن قبول الأمر على عريضة يفتح المجال للطعن في هذا الأمر أمام نفس الجهة , و يمكن للدائن أو المدين أن يرجع للقاضي الذي أصدر الأمر ليتراجع عنه أو يعدله , و قد نصت المادة 312 من ق.إ.م.إ : ( في حالة الاستجابة إلى الطلب , يمكن الرجوع إلى القاضي الذي أصدر الأمر للتراجع عنه أو تعديله ) .

و ما يلاحظ عن هذه الفقرة أن المشرع الجزائري و خلافا للمشرع المصري الذي حدد مهلة 05 أيام من تاريخ التبليغ , للطعن في قرار رئيس دائرة التنفيذ , أما المشرع الجزائري فلم يحدد مهلة للرجوع أمام القاضي للطعن أمامه و طلب التراجع عنه أو تعديله , و عليه نتسآل فهل المجال مفتوح أمام الدائن و المدين أم أننا نستند على المهلة الممنوحة لرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي , وحسب رأيينا أن هذا الأمر غير سليم , فلا يعقل أن يمنح الدائن أو المدين كل هذه المدة ليرجع إلى القاضي ليطلب تعديل الطلب أو إلغائه .

**الفرض الثاني** : على عكس ما هو متوقع من طرف الدائن , قد يواجه طلبه بالرفض , فيستطيع هذا الأخير أن يرفع استئنافا أمام رئيس المجلس القضائي , و له مهلة 15 يوما من تاريخ الرفض للقيام بذلك و قد أعفى المشرع الجزائري طالب الإذن من التمثيل الوجوبي بمحام [1].

---

(1) – يشترط قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد ، على الطرف المستأنف أن يستعين وجوبا بمحام ، حيث تنص المادة 538 من نفس القانون على ما يلي : ( تمثيل الخصوم أمام المجلس القضائي من طرف محام وجوبي تحت طائلة عدم قبول الإستئناف ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ) و منه يستثنى الإستئناف في الأمر على عريضة أمام المجلس القضائي بصريح نص المادة 312 الفقرة الخامسة .

و في مصر و في حالة رفض طلب الحجز التحفظي , يكون القرار الصادر عن رئيس دائرة التنفيذ قابلا للاستئناف أمام محكمة الإستئناف و ذلك في مهلة ثمانية أيام من تاريخ تبليغ القرار إلى الخصم و تكون هذه المدة ثلاثون يوما بالنسبة للدولة و المؤسسات العامة في مصر **(1)**.

و تتمتع الجهة القضائية التي تنظر التظلم في الأمر بذات السلطة الولائية التي يتمتع بها القاضي الآمر , فر يستطيع سواء كان القاضي الآمر نفسه أو جهة الإستئناف أن تتطرق إلى بحث الموضوع و إنما ينحصر اختصاصها في تأييد الأمر أو تعديله أو إلغائه , و يترتب عى ذلك أن الحكم الصادر بتأييد الأمر بالحجز التحفظي هو حكم وقتي غير ملزم للمحكمة إذا ما تراء لها عند الفصل في الموضوع أن الحجز لم يكن في محله **(2)**.

## الفرع الثاني

## مدى وجوب استصدار الإذن بالحجز

تختلف وضعية الدائنين بين من له سند تنفيذي , أو حكم واجب النفاذ , و أخر لديه سند دين أو مصوغات ظاهرة يثبت بها وجود الدين , **فهل يشترط في هؤلاء ضرورة الحصول على إذن من القضاء لتوقيع الحجز التحفظي , أم يشترط على البعض دون الأخر أي بمعنى يشترط على الدائن الذي ليس له سند تنفيذي أو حكم واجب النفاذ ؟**

و باستقراء نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري لاسيما المادة 649 الفقرة الأولى منه التي جاءت بحكم عام بقولها : **( يتم الحجز التحفظي بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدين أو مقر الأموال المطلوب حجزها)** .

و عليه , نرى أن المشرع الجزائري لا يفرق بين الدائن الذي بيده سند دين , أو حتى بالنسبة للدائن الذي لا يحوز على سند , بحيث لا يستثني منهم أحد في ضرورة استصدار أمر من القضاء لتوقيع الحجز التحفظي على خلاف المشرع المصري الذي يشترط أمر قاضي التنفيذ في حالتين و ذلك بموجب المادتين 2/319 و المادة 2/327 و هما :

---

(1) – راجع د / أحمد هنيدي ، أصول التنفيذ ، دار الجامعة للطباعة و النشر ، طبعة 1993 ، الإسكندرية ، ص 296 .

– و راجع د /عبد العزيز خليل إبراهيم بداوي ، الوجيز في قواعد و إجراءات التنفيذ الجبري و التحفظ في قانون المرافعات بالمقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي القاهرة ، 1973–1974 ، ص 309 .

(2) – راجع د / مصطفى المتولي قنديل ، النظام القانوني للإشراف على إجراءات التنفيذ الجبري بين قاضي التنفيذ و إدارة التنفيذ / دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، طبعة 2009 ، ص 223–224 .

* **الحالة الأولى :** إذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذي أو حكم غير واجب النفاذ.

* **الحالة الثانية :** إذا لم يكن حق الدائن معين المقدار , حتى و لو كان معه حكم غير واجب النفاذ أو سند تنفيذي , و عندئذ يصدر القاضي أمره بتقدير الحق تقديرا مؤقتا [1].

**و أما في فرنسا** فالدائن معفي في حالات من طلب الإذن بتوقيع الحجز التحفظي بينما إذا كان بيده سند تنفيذي أو حكم واجب النفاذ , بينما هو مطالب بها من لا يحوز ذلك , و العبرة في إعفاء الدائن من طلب الإذن فهي تستجيب لغايتين أولهما السرعة في اتخاذ الإجراء , و ثانيهما بساطة الإجراء و يمكن حصر الحالات التي يعفى فيها الدائن من استصدار إذن من القضاء في فرنسا فما يلي :

- إذا كان بيد الدائن سند تنفيذي .
- إذا كان بيد الدائن حكم غير واجب النفاذ [2].
- إذا كان بيده سفتجة تم قبولها .
- إذا كان بيده سند لأمر .
- إذا كان بيده شيكا وقعا .

و عليه ففي منظور المشرع الفرنسي , فإنه لا يستلزم الإذن بتوقيع الحجز التحفظي طالما أن الدين ثابت و غير متنازع فيه , لكن هذا لا يعني أو لا يسمح بتهديد حقوق المدين , فإذا كان الحال كذلك جاز لهذا الأخير اللجوء إلى القضاء الإستعجالي لطلب رفع اليد , كما يستفيد المؤجر من هذا الإعفاء في حالة عدم دفع المستأجر لبدل الإيجار , شريطة أن يكون هنالك عقد إيجار مكتوب و هذا ما نصت عليه المادة 67 من القانون الفرنسي الصادر سنة 1991 [3] .

---

(1) - و لا نتصور أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي و يحتاج مع ذلك أمر من قاضي التنفيذ بتقدير حق الدائن تقديرا مؤقتا ، إذ من المقتضيات الموضوعية للسند التنفيذي أن يكون الحق الثابت به معين المقدار تقديرا نهائيا.

- راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 181–182 .

– و راجع أيضا د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 318 .

(2) – لكي يصبح الحكم ممهور بالصيغة التنفيذية بمفهوم المادة 502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي يجب أن تضفى عليه الصيغة التنفيذية ، و أن يتم تبليغه إلى المعني بالأمر .

(3) -voir Gérard Couchez, voies d'exécution , édition Dalloz , 1985 , p 187 .
- et Claude Brenner , op-cit , p 15 .
- et Roger Perrot et Philippe Théry , op-cit , p 696 -697 .

## المطلب الثاني
## شرط الاختصاص

يقسم الاختصاص في فقه قانون المرافعات ( القانون الإجرائي ) إلى اختصاص محلي , و أخر اختصاص نوعي و لا يناهض أحد في إعطاء القضاء اختصاص في مجال التنفيذ الجبري , فمنازعات التنفيذ تقتضي أن يفصل فيها متخصص تتوافر فيه صفة الحياد و الإشراف على الإجراءات المتبعة جبرا على المدين , إذ تحتاج إلى من يوفق بين حق الدائن في التنفيذ و حق المدين في ألا تمس أمواله و سلطاته عليها إلا بالقدر الذي يسمح به القانون [(1)].

و يعتبر الاختصاص بنوعيه الإقليمي ( المحلي ) و النوعي من المسائل الجوهرية في الدعوى القضائية , و منازعة التنفيذ لا تخلوا من أن تكون دعوى مثل كافة الدعاوى القضائية , و بالنتيجة فهي تخضع لأحكام بنوعيه الإقليمي و النوعي , و عدم احترام قواعد الاختصاص في الخصومة القضائية قد يؤدي إلى بطلان الإجراءات و ما يترتب عن ذلك من آثار أخرى , و بالتالي **ما هي أحكام و طبيعة الخصومة التنفيذية بالنسبة للإذن بالحجز التحفظي أو الدعوى المرتبطة به في كل من التشريع الجزائري و التشريع المصري و الفرنسي ؟**
هذا ما سنحاول الإجابة عنه في الفرعيين التاليين :

### الفرع الأول
### الاختصاص النوعي

تنص المادة 1/649 ق.إ.م.إ : ( يتم الحجز التحفظي بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة التي يوجد في جائرة اختصاصها موطن المدين أو مقر الأموال المطلوب حجزها ) .

و عليه يتضح جليا من خلال نص المادة 649 ق.إ.م.إ أن الاختصاص بطلب الإذن بتوقيع الحجز هو من اختصاصات رئيس المحكمة بصفته المختص بإصدار الأعمال الولائية , و ليس رئيس المحكمة بصفته المختص بالنظر في القضايا الإستعجالية التي هي من قبيل الأعمال القضائية , وبالتالي هناك

---

(1) – راجع د / أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 187 .

اختصاص نوعي يجب على الدائن الحاجز أن يحترمه و بالتالي فإن الخيار الذي كان ممنوحا للدائن الحاجز لم يعد ممكنا , لأن المشرع فصل بين صلاحيات رئيس المحكمة و بين القضاء الإستعجالي الذي كان لصيقا به , لكن المشرع الجزائري أدخل حكما جديدا بالنسبة للجهة القضائية المختصة بالإذن بتوقيع الحجز , حيث أصبح ممكنا بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد من طلب الإذن بتوقيع الحجز أمام قاضي الموضوع , و في هذه الحالة يقدم طلب تثبيت الحجز أمام قاضي الموضوع حيث تنص المادة 648 ق.إ.م.إ : ( يجوز توقيع الحجز التحفظي خلال وجود دعوى أمام قاضي الموضوع و في هذه الحالة يقدم طلب تثبيت الحجز أمام نفس قاضي الموضوع بمذكرة إضافية تضم إلى أصل الدعوى للفصل فيها معا بحكم واحد , دون مراعاة الأجل المنصوص عليه في المادة 662 أدناه) .

إذا لم يعد للدائن الحاجز الخيار بين أن يسلك سبيل الأمر على عريضة أو الدعوى الإستعجالية إلا أن الأحكام الجديدة لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد منح له أن يسلك طريق الأمر على عريضة أو أن يطلب أمام قاضي الموضوع توقيع الحجز , و في هذا الشأن لا يمكننا إلا افتراض أن هناك منازعة موضوعية بين الدائن و المدين متعلقة بالتزام ما , أو بدين ما .

**أما في مصر** فقد تدخل المشرع المصري , و استحدث في قانون المرافعات الحالي , نظام قاضي التنفيذ و أسند إليه الاختصاص بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالتنفيذ , سواء كانت موضوعية أو وقتية , كما أسند إليه الاختصاص بالإشراف على إجراءات التنفيذ الجبري التي يقوم بها المحضر عن طريق إصدار القرارات و الأوامر المتعلقة بالتنفيذ [(1)].

و عليه فقد أناط المشرع المصري إصدار الأمر بتوقيع الحجز التحفظي إلى رئيس دائرة التنفيذ وهذا اختصاص نوعي من النظام العام حيث تنص المادة 319 مرافعات مصري : ( ... و إذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذي أو حكم غير واجب النفاذ أو كان دينه غير معين المقدار فلا يوقع الحجز إلا بأمر من قاضي التنفيذ يأذن فيه بالحجز و يقدر دين الحاجز تقديرا مؤقتا ) [(2)].

---

(1) – راجع د / مصطفى المتولي قنديل ، المرجع السابق ، ص 22 .

(2) – راجع د / عبد الحميد المنشاوي ، المرجع السابق ، ص 566 .

– وقد أخذ المشرع الفرنسي بنظام قاضي التنفيذ le juge d’exécution بمقتضى القانون رقم 72– 626 الصادر بتاريخ 05 / 07 / 1972 ، و لكن لم تصدر لائحة تنفيذية لتطبيقه و لهذا لم يطبق عمليا ، و قد أعيد تنظيم قاضي التنفيذ بموجب القانون رقم 91–650 المؤرخ في 09 / 07 / 1991 الذي خصص لقاضي التنفيذ مبحث مستقل بعنوان قاضي التنفيذ juge d’exécution المواد من 05 إلى 10 ، و أدخل هذا القانون في قانون التنظيم القضائي .

**و في فرنسا** , فالأصل أن الاختصاص يؤول إلى قاضي التنفيذ للإذن بإجراء حجز تحفظي وفقا لنص المادة 69 من القانون رقم 650–91 , فهو الوحيد المخول بإصدار الأمر في الحالات التي يشترط فيها الإذن من القضاء , و الهدف الذي توخاه المشرع الفرنسي من هذا الحكم هو التناسق وتوحيد خصومة التنفيذ , و عليه فإذا طلب الدائن إذن بتوقيع الحجز , و كانت هناك من قبل منازعة قضائية مستمرة و لم يفصل فيها بعد , فإن القاضي الذي ينظر في هذه الدعوى يجب عليه أن يتخلى عنها لقاضي التنفيذ باعتبار أنه المختص نوعيا للنظر في خصومة التنفيذ , و كذلك فإن الاختصاص النوعي من النظام العام و ذلك بموجب المادة 311 الفقرة 12 من قانون التنظيم القضائي أما المادة 69 من القانون رقم 91/650 بعد أن أعطت الاختصاص لرئيس المحكمة التجارية إذا كانت اليون المتنازع عنها ذات طبيعة تجارية [1].

## الفرع الثاني

## الاختصاص الإقليمي

يعود الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدين , أو مقر الأموال المطلوب حجزها , و بالرجوع إلى نص المادة 649 ق.إ.م.إ : (يتم الحجز التحفظي بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدين أو مقر الأموال المطلوب حجزها ) .

و بالرجوع إلى نص المادة 7/40 من نفس القانون التي تنص على : ( و في مواد الحجز سواء كان بالنسبة للإذن بالحجز , أو الإجراءات التالية له أمام المحكمة التي وقع في دائرة اختصاصها الحجز ) .

و عليه فللدائن الخيار بين موطن المدين أو مقر الأموال المطلوب حجزها , و في نظرنا أن هذا الخيار يمنح فرص أكبر للدائن لتتبع أموال المدين و الحجز عليها حتى و إن كانت هذه الأموال عقارات و بالتالي تنسجم المادة 649 /7 مع نص المادة 722 من نفس القانون التي تنص : ( يقدم طلب الحجز

---

(1) - voir Martine Boittelle Cousseau , mesures conservatoires et voies d’exécution en Europe , édition gazette du palais , octobre 2000 ,p 15 .
- et voir Claude Brenner ,op-cit , p 15 ,
- et Roger et Philipe , op-cit , 686 . Gérard couchez , op-cit , p 185 .

على العقـار أو الحقوق العينية العقارية إلــى رئيس المحكمة التــي يوجد فــي دائرة اختصاصها العقار...) [1].

**و أما في مصر** فقد اختلف الفقه المصري في تحديد الاختصاص المحلي لقاضي التنفيذ , و قد استقر الرأي أخيرا على أن المشرع المصري لم يحدد الاختصاص الإقليمي في هذا الصدد , لأن المادة 276 من قانون المرافعات المصري ( الخاصة بالاختصاص المحلي لقاضي التنفيذ) , إنما تقصد الحجوز التنفيذية على المنقولات , ولكن يعمل بهذه المادة في الحجوز التنفيذية من باب القياس لإتحاد العلة في الحالتين و لأن مآل الحجز التحفظي إلى الحجز التنفيذي و بناءا عليه يثبت الاختصاص بإصدار الأمر بتوقيع الحجز التحفظي على المنقول لدى المدين لقاضي التنفيذ الذي يقع المنقول في دائرته [2].

و في الحالات التي تكون فيها التدابير للتحفظ على ديون تدخل في نطاق اختصاص القضاء التجاري , يجوز لرئيس المحكمة التجارية لنفس المكان و قبل الفصل في الدعوى أن يأذن بذلك .

**و في فرنسا** , و حسب المادة 211 من قانون التنظيم القضائي التي تنص على : ( القاضي المختص بالإذن لاتخاذ تدابير تحفظية هو قاضي التنفيذ مكان إقامة المدين , كل اتفاق على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن , وعلى القاضي أن يفصل تلقائيا في عدم اختصاصه ) .

---

(1) – يرى الدكتور عبد الرحمان بربارة بضرورة أن الطلب يوجه إلى محكمة مقر الأموال المطلوب حجزها للانسجام مع مضمون المادة 722 من ق.إ.م.إ الذي يمنح الاختصاص للمحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار ، إذ لا يعقل أن يقدم طلب الحجز تحفظيا أمام محكمة موطن المدين ، ثم ترفع دعوى تثبيت الحجز أمام قاضي الموضوع مع احتمال وجود العقار في دائرة اختصاص محكمة أخرى .

و حسب رأينا أن هذا الاقتراح لا مبرر له في وجود نص المادة 649 ق.إ.م.إ.ج التي تمنح الخيار للدائن لتوقيع الحجز التحفظي بالإضافة إلى أن المنطق السليم يقتضي أن يتتبع الدائن الأموال و التحفظ عليها و ليس تتبع المدين و التحفظ عليه ومنه نرى أن المادة 649 ق.إ.م.إ. تنسجم تماما مع نص المادة 722 من نفس القانون .

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 319 .
- و راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 277 .
- و للمزيد أيضا راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 122 .

# المبحث الثالث

# إجراءات توقيع الحجز التحفظي و آثاره

الحجز مرحلة ضرورية لا غنى عنها في التنفيذ القضائي لاقتضاء الحقوق النقدية , و لذا يطلق عليه اسم التنفيذ بالحجز و نزع الملكية إذا كان حجزا تنفيذيا , و التدابير التحفظية أو الاحتياطية إذا كان الحجز تحفظيا .

و الواقع أن الحجز هو المرحلة الأولى في هذا التنفيذ , إذ يضع أموالا معينة للمدين تحت يد القضاء تمهيدا للمراحل التالية التي تتجه إلى نزع ملكيتها لمصلحة الدائن (2).

و الحجز إجراء يقوم به المحضر القضائي بناءا على طلب الحاجز بغرض إخضاع مال معين لإجراءات التنفيذ , و هو من هذه الناحية يكون عملا قانونيا من أعمال القانون الإجرائي يخضع في صحته و آثاره لقانون المرافعات .

كما أن الحجز دائما ذو أثر تحفظي بالنسبة للمال المحجوز , فهو يرتب آثارا من شأنها حفظ المال المحجوز من أي تغيير مادي أو قانوني يضر بحق الدائن الحاجز , و لكن غاية الحجز هي التي تحدد طبيعته القانونية , فإذا وقع الحجز من أجل التنفيذ على المال , كان إجراءا تنفيذيا و هذا هو الحجز التنفيذي الذي يمثل المرحلة الأولى من مراحل التنفيذ و لا يجوز توقيعه إلا بعد استيفاء كافة مقدمات التنفيذ و على رأسها السند التنفيذي .

و أما إذا وقع الحجز تحفظيا تفاديا لخطر التأخير في الحماية التنفيذية , فإنه يكون إجراء وقتيا ويطلق عليه اسم الحجز التحفظي , و هو حجز قائم بذاته لا يتطلب القانون للقيام به استيفاء مقدمات التنفيذ , و إن كان يمكن أن يتحول بعد استيفاء هذه المقدمات إلى حجز تنفيذي بغرض استكمال إجراءات التنفيذ , و عليه و باعتبار أن مآل الحجز يحدد طبيعته .

و لمعرفة إجراءات توقيع الحجز التحفظي و الحجز التنفيذي , **هل يخضعان إلى نفس الإجراءات أم يختلفان , وما هي الآثار المترتبة عن توقيع الحجز التحفظي ؟** , سنتطرق إلى إجراءات توقيع الحجز التحفظي سواء بين يدي المدين , أو لدى الغير كما سنتطرق إلى الآثار المترتبة عن ذلك من خلال المطالب التي سيلي التطرق اليها في سياق هذا المبحث .

(1) - Roger Perrot –Philipe , op-cit , p 687 .

(2) – راجع د / وجدي راغب ،المرجع السابق ، ص 151 .

## المطلب الأول
## مباشرة إجراءات توقيع الحجز التحفظي

يرتكز الحجز على جملة من العمليات الفنية , يقوم بها المحضر القضائي الذي يتولى التنفيذ وتتميز الحجوز أيا كان نوعها بهيكل إجرائي عام , مع بعض الاختلافات نظرا لخصوصية كل نوع من أنواع الحجوز فإذا كان يشترط التكليف بالوفاء و انقضاء المهلة الممنوحة للمدين حتى يباشر القيام بإجراءات الحجز التنفيذي , فإن الأمر ليس كذلك في الحجز التنفيذي , لأن غاية هذا الإجراء لا تتحقق إلا بمباغتة المدين , و بالتالي يتم الحجز التحفظي دون اتخاذ مقدمات التنفيذ .

فالقاعدة أن الحجز التحفظي يجري بناءا على سنده ( إذن القاضي في التشريع الجزائري ) ودون اتخاذ أي مقدمات أخرى , و هو يجري عند الحجز على المنقولات بانتقال المحضر إلى مكان المنقولات و تحرير محضر الحجز و جرد للأموال المنقولة , و منه تتضح ضرورة انتقال المحضر إلى المكان الذي توجد فيه منقولات المدين المراد توقيع الحجز عليها كما حددها الدائن , أو عن طريق إرشاده للمحضر القضائي لأماكن وجود هذه المنقولات , و بالتالي لا يجوز تحرير حجوز صورية بأن يقوم المحضر القضائي بكتابة محاضرها دون أن ينتقل , أو أثناء تواجده في مكتبه و يكتبها من الخيال و لا يعتبر من الواقع شيئا , و بعد انتقال المحضر إلى أماكن وجود المنقولات , و عليه أن يحرر محضرا يسمى محضر حجز و جرد للمنقولات , ثم يعين حارسا على هذه المنقولات إن اقتضى الحال و استدعت الضرورة أو طبيعة الشيء المحجوز , و في حالة تعدد منقولات المدين و عدم تواجدها في مكان واحد فإنه ينتقل إليها و يتبع بصددها إجراءات حجز واحد .

و نشير في هذا الصدد أن المشرع الجزائري نظم الحجز التحفظي على المدين و ما يستتبع ذلك من إجراءات و آثار , و كذلك نظم الحجز التحفظي لدى شخص ثالث أو بما يعرف حجز ما للمدين لدى الغير , و أما المشرع المصري فقد نص في المادة 320 مرافعات مصري , على أنه يتبع في الحجز التحفظي على المنقولات القواعد و الإجراءات المنصوص عليها في الفصل الأول من الباب الثالث من هذا الكتاب , ما عدا منها ما يتعلق بتحديد يوم البيع , أما فيما يتعلق بحجز ما للمدين لدى الغير فقد نصت عليه المواد 328 – 332 مرافعات مصري , أما المشرع الفرنسي فقد نظم الحجوز التحفظية سواء بين يدي المدين أو بين يدي الغير , و قد أدخل عدة تعديلات بموجب القانون الصادر بتاريخ 09 جويلية 1991 , حيث تم إلغاء عدة أنواع من الحجوز التحفظية , مثل الحجز الإستحقاقي الذي يوقعه المؤجر على منقولات المستأجر ضمانا للوفاء بالأجرة , و كذلك الحجز التحفظي على منقولات المدين المتنقل أما حجز ما للمدين لدى الغير فقد استبدلها المشرع الفرنسي بالحجز الإستحقاقي .

## الفرع الأول

## توقيع الحجز التحفظي على أموال المدين

نشير إبتداءا بصدد الحديث عن توقيع الحجز التحفظي على المدين أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد قد قصر الحجز التحفظي على الأموال المنقولة المادية كما استحدث التعديل الأخير نوعا جديدا من الحجوز التحفظية التي تقع على العقار حيث تنص المادة 646 من هذا القانون : ( الحجز التحفظي هو وضع أموال المدين المنقولة المادية والعقارية تحت يد القضاء و منعه التصرف فيه , و يقع الحجز تحت مسؤولية الدائن ) .

و لقد انفرد المشرع الجزائري في تنظيمه للحجز التحفظي على العقار على غرار التشريع الإيطالي والتشريع اللبناني , و هذا على خلاف التشريع المصري و التشريع الفرنسي اللذان لم ينظما هذا النوع من الحجوز التحفظية.

**أ – <u>الحجوز التحفظية على المنقولات المادية</u> :** لقد أشارت المادة 646 من ق.إ.م.إ.ج إلى أنه يجوز توقيع الحجز التحفظي على المنقولات المادية للمدين , و يتم ذلك بانتقال المحضر القضائي إلى مكان تواجد المنقولات المادية , فيقوم بتبليغ أمر الحجز تبليغا رسميا , و تلي ذلك مباشرة بعد ذلك تحرير محضر حجز و القيام بجرد للأموال الموجودة تحت يد المدين و بالرجوع إلى نص المادة 688 من نفس القانون التي توضح و تحدد كيفية تبليغ أمر الحجز و كذلك القيام بهذه العملية , إذ تنص المادة السالفة الذكر على : ( يتم التبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى المحجوز عليه شخصيا أو إلى أحد أفراد عائلته البالغين المقيمين معه , إذا كان شخصا طبيعيا , ويبلغ إلى الممثل القانوني أو الإتفاقي إذا كان شخصا معنويا , و يقوم المحضر القضائي على الفور بجرد الأموال و تعيينها تعيينا دقيقا مع وصفها وتحرير محضر حجز و جرد لها ) .

و المحضر القضائي عند انتقاله إلى حيث مكان الأموال المراد الحجز عليها فقد يجدها و يسهل الوصول إليها , و يدخل المكان الموجودة فيه فيوقع حجزه و يحرر محضره , و كل ذلك يتم في سلام و هذا هو الفرض المدرسي , إلا أن الأمور لا تسير هكذا دائما , لأن المحضر القضائي قد يصادف بمقاومة مادية تحول بينه و بين الدخول إلى مكان المنقولات , و قد لا يستطيع الوصول إلى هذا المكان و قد يصل إليه و لا يجد شيئا يحجزه , و قد يجد منقولات و لا يجد حارس يشرح له ما إذا كان قد سبق توقيع حجز عليها أم لا , و قد يتعرض غالبا للاعتداء عليه , و قد لا يتم الحجز في يوم واحد وقد لا يجد أحدا يقبل حراسة الأموال بفرض أن الحجز قد وقع , و على المحضر أن يواجه كل هذه العقبات حسب التعليمات التي تصدر إليه , أو أن يحرر محضر إشكال في التنفيذ , و يعرض الأمر على قاضي الأمور المستعجلة لتذليلها , و إذا لقي المحضر القضائي مقاومة أو تعديا وجب عليه اتخاذ جميع

الإجراءات و الوسائل الاحتياطية , حيث نصت المادة 2/659 من ق.إ.م.إ : ( يمكن الاستعانة بالقوة العمومية لتنفيذ أمر الحجز عند الاقتضاء ) , و يكون ذلك بتقديم طلب لوكيل الجمهورية المختص إقليميا لكي يسخر له القوة العمومية لكي تسانده في عملية الحجز [1].

و كما يجب على المحضر القضائي أن يتقد بالقواعد الإجرائية في عملية الحجز , كاحترام التوقيت المسموح به قانون لإجرائه وفقا لنص المادة 629 ق.إ.م.إ : ( لا يجوز مباشرة التنفيذ خارج أو بعد الوقت القانوني المحدد في المادة 416 أعلاه , و لا في أيام العطل إلا في حالة الضرورة و في هذه الحالة يرخص للمحضر القضائي بإجراء التنفيذ بأمر على عريضة من رئيس المحكمة التي يباشر فيها التنفيذ غير أنه إذا بدأ التنفيذ و لم ينته في أوقات العمل الرسمية , فإنه يجوز أن يستمر إلى غاية الانتهاء منه .

و يجب أن ينوه في كل محضر تنفيذ عن تاريخ و ساعة بدايته و نهايته , و إلا كان قابلا للإبطال و يترتب على ذلك المسؤولية المدنية للمحضر القضائي ) .

و أما المادة 644 من نفس القانون , أجازت للمحضر القضائي أن يستمر في الحجز إذا لم يتم في يوم واحد , كما أجازت له أن يستمر في الحجز حتى خارج أوقات العمل الرسمية إن اقتضى الحال و دون طلب ترخيص من رئيس المحكمة , و عليه فقد نصت المادة السالفة الذكر على : ( إذا لم يتم الحجز في يوم واحد , جاز إتمامه في اليوم الموالي , و على المحضر القضائي أن يتخذ من الإجراءات ما يلزم للمحافظة على الأموال المحجوزة , و الأموال المطلوب حجزها إلى أن يتم محضر الجرد و الحجز .

و إن اقتضى الحال الاستمرار في إجراءات الحجز بعد أوقات العمل الرسمية , أو صادف اليوم الموالي عطلة رسمية , جاز للمحضر القضائي إتمام الحجز دون ترخيص من رئيس المحكمة .

يجب أن ينوه في محضر الحجز عن تاريخ و ساعة بدايته و تاريخ و ساعة انتهائه , تحت طائلة القابلية للإبطال ) .

و كما أجاز المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية للمحضر القضائي و وفق شروط محددة , أن يباشر الحجز في غياب المدين , و له أن يفتح و يكسر الأبواب المغلقة وأن يفض الأقفال , و كل هذا في حدود ما تستلزمه مقتضيات التنفيذ , إذ تشير المادة 627 من ق.إ.م.إ إلى

---

(1) – راجع / القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 33 .

: ( في حالة غياب المنفذ عليه , عند مباشرة إجراءات التنفيذ , يجوز الترخيص للمحضر القضائي بناء على طلبه , و بأمر على عريضة يصدره رئيس المحكمة التي تباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ , بعد إبلاغ ممثل النيابة العامة بفتح أو كسر أبواب المحلات أو المنازل المغلقة وفض أقفال الغرف في حدود ما تستلزمه مقتضيات التنفيذ , و ذلك بحضور أحد أعوان الضبطية القضائية , و في حالة تعذر ذلك يتم الفتح بحضور شاهدين , و يتعين تحرير محضر فتح و جرد للأشياء الموجودة بالمحل المفتوح و توقيعه من المحضر القضائي و عون الضبطية القضائية أو الشاهدين , و إلا كان قابلا للإبطال تحت المسؤولية المدنية لمحضر القضائي ) (1).

و في حالة الحجز على المصوغات و السبائك الذهبية أو الفضية , أو المعادن النفيسة , أو الحلي أو الأحجار الكريمة , و نظرا لكون المعادن تخضع لتشريع خاص كما أنها ذات قيمة مالية ومعنوية أوجب المشرع الجزائري في نص المادة 665 ق.إ.م.إ على المحضر القضائي أن يبين في محضر الجرد نوع المعدن و وزنه الحقيقي و أوصافه , كما أن تقدير قيمة هذه المجوهرات تكون من طرف خبير يعين بموجب أمر على عريضة أو من طرف الإدارة المكلفة بدمغ المعادن الثمينة ويكون هذا التقييم بحضور المدين أو ممثله القانوني أو بعد صحة تكليفه بالحضور حيث تنص المادة 665 ق.إ.م.إ : ( إذا وقع الحجز التحفظي على أمول منقولة موجودة تحت يد المدين يحرر المحضر القضائي محضر الحجز و الجرد , و يسلم نسخة منه للمدين , و يعينه حارسا عليها (2).

و إذا وقع الحجز على مصوغات أو سبائك ذهبية أو فضية أو معادن نفيسة أخرى أو حلي أو أحجار كريمة , وجب على المحضر القضائي أن يبين في محضر الحجز , نوع المعدن والوزن الحقيقي و أوصافه و تقدير قيمته بمعرفة خبير يعين بأمر على عريضة , أو من طرف الإدارة المكلفة بدمغ المعادن الثمينة , و هذا بحضور المدين أو ممثله القانوني , أو بعد تكليفه بالحضور .

---

(1) – نرى أن الإجراءات التي جاءت بها المشرع الجزائري في نص المادة 644 من ق.إ.م.إ.ج تتسم بنوع من البطء و التعقيد مما قد تؤدي إلى تعطيل المحضر القضائي من القيام بمهمة التنفيذ ، ذلك أن طلب ترخيص من رئيس المحكمة و إبلاغ ممثل النيابة العامة ، ثم حضور أحد أعوان الضبطية القضائية أثناء فتح أو كسر الأبواب و فض الأقفال قد يستغرق وقتا يستغله المدين للقيام بتهريب أمواله ، و عليه نرى بضرورة أن تتمح سلطة أكثر للمحضر القضائي للقيام بهذه المهمة بحضور أحد أعوان الضبطية القضائية أو شاهدين ، ثم يقدم تقريرا مفصلا لرئيس المحكمة و لممثل النيابة العامة ، مع ما يترتب عن ذلك من قيام المسؤولية المدنية للمحضر القضائي .

(2) – نرى أن هذه المصلحة هي الوكالة الوطنية للمعادن الكريمة ، و ليست مصلحة الضرائب التي أشار إليها الدكتور بربارة عبد الرحمان في مرجعه السابق ، ص 163 .

و في كل الأحوال , يرفق تقرير الخبير الخاص بالتقدير و الوزن بمحضر الحجز و يجب بعد الوزن والتقييم , أن توضع في حرز مختوم و مشمع , و أن يذكر ذلك في محضر الحجز مع وصف الأختام و إيداعها بأمانة ضبط المحكمة مقابل وصل ) [1].

**و يجب أن يتضمن محضر الحجز على البيانات التالية :**

1 /– البيانات المتعلقة بالدائن و المدين.

2 /– نوع السند الذي تم بموجبه الحجز .

3 /– ذكر مكان الحجز و ساعته .

4 /– ذكر ما قام به المحضر من إجراءات و ما لقيه من مقاومة أو تصريحات المحجوز عليه .

5 /– جرد للأموال المحجوزة .

6 / – توقيع المحضر القضائي و ختمه , و هو بيان جوهري و بغيره لا يعتد بأي كيان قانوني.

7 /– توقيع المدين إذا كان حاضرا , و لا يعتبر هذا رضاء منه بالحكم الذي تم التنفيذ بناءا عليه , كما لا يعتبر نزولا عن حق الاعتراض , و لا يترتب عن رفض المدين و عدم توقيعه بطلان الحجز .

8 /– تعيين حارسا قضائيا إن اقتضى الحال .

**و عليه فالتساؤل الذي يطرح هو , ما هو الجزاء المترتب على تخلف أو تغيب أحد هذه البيانات في محضر الحجز؟**

و الحقيقة أن المشرع الجزائري سواء في قانون الإجراءات المدنية القديم , أو قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد لم ينص على قاعدة خاصة ببطلان محضر الحجز , بل جاء بقاعدة عامة لإبطال إجراءات الحجز , حيث نصت المادة 1/643 ق.إ.م.إ : ( إذا كان إجراء من إجراءات التنفيذ أو الحجز قابلا للإبطال , يجوز للمحجوز عليه , أو لكل ذي مصلحة , أن يطلب بدعوى استعجالية ضد الحاجز والمحضر القضائي , الحكم ببطلان الإجراء و زوال ما ترتب عليه من أثار وذلك خلال أجل شهر واحد من تاريخ الإجراء , و إلا سقط الحق في طلب الإبطال و أعتبر صحيحا ) .

و على هذا يكون الإجراء باطلا وفقا للقواعد العامة إذا شابه عيب جوهري لم يتحقق بسببه الغاية التي قصدها القانـون , و عليه فلا يتمسك ببطـلان الحجز مثـلا إذا لم يتضمن محضر الحجز و الجرد

---

(1) – نشير في هذا الصدد أن المشرع الجزائري حسنا ما فعل حينما أوكل مهمة تقييم هذه الأشياء الثمينة إلى خبير أو إلى الإدارة المختصة بدمغ المعادن ، و هؤلاء هم الأقدر على تقييم الأشياء الثمينة ( المجوهرات ) تقييما حقيقيا ، و قد كان قانون الإجراءات المدنية القديم يمنح هذه المهمة للمحضر القضائي ، و الذي في تصورنا أن هذا الأمر منتقدو غير مقبول ، فمهما بلغ المحضر من معرفة بهذه الأمور و احترافية ، فإنه لن يكون تقييمه دقيقا مثل تقييم الخبير أو الإدارة المكلفة بدمغ المعادن .

كاملا وصفا للأشياء المحجوزة , طالما أن الغاية قد تحققت منه , كما لا يبطل الحجز إذا لم يعين حارسا على المنقولات طالما أن تعيين الحارس ليس شرطا لصحة الحجز , و إنما هو إجراء للمحافظة على الأشياء المحجوزة من التلف و السرقة و الضياع , و بالمقابل إذا لم يتضمن محضر الحجز ذكر سبب الحجز أو الإذن الصادر لتوقيع الحجز , يكون هذا سببا لقابلية محضر الحجز للإبطال .

**ب – <u>الحجز على الأموال غير المادية</u> :** بالإضافة إلى الحجز على الأموال المادية المنقولة , فقد أورد المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد أحكام تتعلق بالحجز على المال غير المادي , في القسم الثاني من الفصل الثاني في الحجوز التحفظية , تحت عنوان في الحجز التحفظي على الحقوق الصناعية و التجارية , بموجب المواد 650 و 651 , و قد استحدث المشرع الجزائري الحجز التحفظي على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة تماشيا مع التطورات في مجال الملكية الفكرية , و تطبيقا للاتفاقات المرتبطة بالتجارة الدولية , لاسيما الإيداعات المسجلة بحسب التخصص بالمعهد , إما بالمعهد الجزائري للملكية الصناعية أو لدى الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة .

فبالرجوع إلى نص المادة 151 من الأمر رقم 03–05 المؤرخ في 19 جويلية يتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة , و المادة 26 و ما يليها من الأمر رقم 03–06 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالعلامات , و الأمر رقم 03–73 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق ببراءات الاختراع , بالإضافة إلى المرسوم رقم 05–275 المؤرخ في 02 أوت 2005 المحدد لكيفيات براءات الاختراع , سيما المواد 61 و ما يليها , و المادة 35 و ما يليها من الأمر رقم 03–08 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة [(1)].

و عليه فقد جاءت المادة 650 من ق.إ.م.إ تجسيدا لهذه النصوص القانونية من خلال توقيع تدابير تحفظية , و ذلك بالحجز على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة , و ذلك بموجب أمر على عريضة صادر عن رئيس المحكمة المختص , حيث ينتقل المحضر إلى مكان السلع أو النماذج المراد الحجز عليها , و يقوم بأخذ عينة منها و يضعها في حرز مختوم و مشمع , و يودعه مع نسخة من محضر الحجز بكتابة ضبط المحكمة المختصة إقليميا .

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 164 .

و نشير بصدد هذا الحجز , أنه لا يوقع نتيجة لعلاقة دائينية بين الدائن و المدين , و إنما يوقع نتيجة عمل غير مشروع يشكل اعتداء على حق من الحقوق التي يقررها القانون و يحميها , و بالتالي فهي جريمة بمنظور القانون الجنائي , و عمل غير مشروع بمنظور القانون المدني , و منه فالدعوى ترفع أمام القاضي المدني أو الجزائي .

و نحن نرى أن النص على إجراء الحجز التحفظي في مثل هذه الحالات لا ينسجم مع الحجوز التحفظية و بالتالي كان من الأحسن أن تنظم في قوانين خاصة .

و في نفس هذا الصدد نظم المشرع الجزائري الحجز على القاعدة التجارية , و بالرجوع إلى نص المادة 78 من الأمر رقم 75–59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري , معدل و متمم : ( تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري , و يشمل المحل التجاري إلزاميا عملائه و شهرته .

كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري , كعنوان المحل و الاسم التجاري , و الحق في الإيجار و المعدات و الآلات و البضائع , و حق الملكية الصناعية والتجارية كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك ) [1].

و لقد أجاز المشرع الجزائري الحجز على القاعدة التجارية للمدين , حجزا تحفظيا بناءا على أمر على عريضة , حيث ينتقل المحضر القضائي إلى المحل التجاري , و يقوم بحجز عناصر القاعدة التجارية القابلة للحجز بطبيعتها كالآلات و البضائع , و غيرها ثم يحرر محضر جرد لهذه الأموال ويعين المدين حارسا عليها و يسلمه نسخة من محضر الحجز و الجرد , و يجب قيد أمر الحجز خلال خمسة عشر يوما من صدوره بمصلحة السجل التجاري , كما يشترط القانون أن يتم نشر أمر الحجز في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية , و إذا لم يتم إجراء القيد في السجل التجاري أعتبر أمر الحجز باطلا لا يترتب عليه أي أثر قانوني .

و نشير أن المشرع الجزائري قد عدل من الإجراءات التي كان يتضمنها قانون الإجراءات المدنية حيث كان يسمح للدائن بقيد رهن قضائي على تجارة المدين , و قد أثار هذا النوع من الحجوز التحفظية خلافا بين الفقهاء حول تكييفه , و عليه فقد أزال المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هذا الخلاف و أرسى أحكام جديدة أكثر مرونة و فعالية من الأحكام القديمة [2].

---

(1) – يجمع فقه القانون التجاري على أن القاعدة التجارية هي مال معنوي منقول.

(2) – راجع موقف المستشار علي بداوي ، بحث بعنوان الحجز التحفظي ، بحث منشور في المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا ، العدد الأول سنة 1996 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر ، طبعة 1998 ، ص 48 .

**و أما في مصر** , فلم ينظم المشرع المصري الحجز التحفظي على القاعدة التجارية للمدين , أما المشرع الفرنسي فقد نظم هذه الإجراءات تحت عنوان التأمينات القضائية , و قد أرسى المشرع الفرنسي هذه الإجراءات بموجب القانون الصادر بتاريخ 12 نوفمبر 1955 , حيث تضمن هذا القانون أحكام متعلقة بقيد رهن قضائي على عقارات المدين و كذلك بقيد رهن قضائي على تجارة المدين , و قد تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر بتاريخ 09 جويلية 1991 تحت عنوان التأمينات القضائية بتعديل أحكام هذه الإجراءات و أضاف إليها أنواع جديدة من التأمينات القضائية وقد أدرج المشرع الفرنسي هذه الأحكام ضمن إجراءات التنفيذ على اعتبار أن لها قواسم مشتركة مع هذه الإجراءات رغم أن هذه الأحكام هي تأمينات قضائية [1].

**ج – <u>الحجز التحفظي على عقارات المدين</u> :** من الحالات المستحدثة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد , الحجز التحفظي على العقارات , حيث لم يكن قانون الإجراءات المدنية القديم ينص على ذلك مقتديا بالقانون المصري و القانون الفرنسي [2].

و على اعتبار أنه من الصعب على المدين تهريب أمواله العقارية , أو إتلافها عكس الأموال المنقولة , و لكن هذه النظرة هي نظرة سطحية , فالعقار مثله مثل المنقول إذ من السهل تهريبه والتصرف فيه , ذلك أن التهريب المقصود هنا ليس هو الإخفاء المادي للشيء بطبيعة الحال , و إنما المقصود هو إخراج المال من ذمة المدين , إذ يمكن للمدين أن يسرع إلى أقرب مكتب توثيق و يجري تصرفا في هذا العقار , و منه يسجل العقار باسم شخص آخر و سواء كان التصرف حقيقيا أو صوريا و حسب رأينا أن هذا النوع من الأموال هو الأجدر بأن يوقع عليه الحجز التحفظي و ذلك للاعتبارات التي سنسوقها و هي كالتالي [3] :

– يعتبر العقار ذا قيمة اقتصادية و مالية هامة , و هو يشكل ضمانة حقيقية للدائن لاستيفاء حقه .

– إن السماح بتوقيع الحجز التحفظي على عقارات المدين و الاستمرار في الإجراءات من شأنه أن يهز كيان المدين , و يشعر بجدية الإجراءات و ما يترتب عنها من نزع لأملاكه العقارية , فيهرع إلى الوفاء بديونه .

---

(1)– voir Claude Brenner , cours voies d’exécution , , 05 édition , Dalloz , p 85 ,

- et voir Serge Guinchard Et Tony Moussa , op-cit , p 369 .

(2) – من التشريعات التي لم تقر بالحجز التحفظي على العقار منها التشريع المصري و التشريع الفرنسي و التشريع الجزائري قبل صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، أما التشريعات التي تقر بالحجز التحفظي على العقارات نذكر منها التشريع اللبناني و التشريع الإيطالي و التشريع الجزائري حاليا .

(3) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 279 .

– و راجع أيضا د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 835 .

– يوصف العقار بالثبات و الاستقرار , و هذه ميزة قد تغلط الدائن و تجعله يظن أنه لم يتم التصرف في العقار و لا يستطيع بسهولة معرفة ذلك , إلى أن يفاجئ بإشهار التصرف مثلا , أو غيرها من الإجراءات و من تلك اللحظة يكون قد فات الأوان و قد ضيع ضمانا هاما لاستيفاء حقه , خاصة إذا كان المتصرف له حسن النية [(1)].

و هذه الأسباب و الاعتبارات , نرى أن المشرع الجزائري حسنا ما فعل حينما نص و أقر بالحجز التحفظي على عقارات المدين , حيث نصت المادة 652 ق.إ.م.إ : ( يجوز للدائن أن يحجز تحفظيا على عقارات مدينه .

و يقيد أمر الحجز التحفظي على العقارات بالمحافظة العقارية التي يوجد بدائرة اختصاصها العقار خلال خمسة عشر (15) يوما من تاريخ صدوره و إلا كان الحجز باطلا ) .

و لكن ما يلاحظ على أحكام الحجز التحفظي على العقارات , أن المشرع الجزائري لم يفصل كثيرا في الإجراءات التالية لتوقيع الحجز , إلا إجراءا واحد و هو قيد أمر الحجز التحفظي بالمحافظة العقارية التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره .

و هذا يعد قصورا كبيرا من المشرع الجزائري , فإعمال القواعد العامة في حالة عدم وجود نصوص خاصة كما هو معمول به غير كاف , و لا يجيب عن التساؤلات التي تطرح بشأن هذا النوع من الحجز فلو فرضنا مثلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الإجراءات التي تلي توقيع الحجز ولم يحدد ما إذا كان يجب رفع دعوى في الموضوع لتثبيت الحجز , **و لم يوضح ما إذا كان يستلزم على الدائن إجراء قيد نهائي بالمحافظة العقارية أم لا ؟**

إذ من الجائز أن نقول أنه يمكن الرجوع إلى أحكام المادة 662 ق.إ.م.إ التي تنص على : ( يجب على الدائن الحاجز أن يرفع دعوى تثبيت الحجز أمام قاضي الموضوع في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما من تاريخ صدور أمر الحجز , و إلا كان الحجز و الإجراءات التالية له باطلين ) .

و عليه , و بعد تثبيت الحجز التحفظي على العقارات , و بعد حصول الدائن الحاجز على سند تنفيذي فهل يباشر الحجز على العقارات أم المنقولات , ذلك أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 721 ق.إ.م.إ : ( يجوز للدائن الحجز على العقارات و / أو الحقوق العينية العقارية لمدينه , مفرزة كانت أو مشاعة بيده سند تنفيذي و أثبت عدم كفاية الأموال المنقولة لمدينه أو عدم وجودها ) .

---

(1) – تنص المادة 683 من القانون المدني الجزائري العقار : ( كل شيئ مستقر بحيزه و ثابت فيه و لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، و كل ما عدا ذلك من شيئ فهو منقول ) .

فلو فرضنا أن الدائن الحاجز اتبع الترتيب المذكور في نص المادة 721 السالفة الذكر , و لكنه اصطدم بواقع أن المدين قد قام بتهريب أمواله المنقولة و حتى العقارية , و عليه فنتسآل عن الجدوى من النص على توقيع هذا النوع من الحجوز , طالما أنها قد لا تؤدي إلى التحفظ على المال و استيفاء الدائن لحقه , و حتى بالنسبة لحق التتبع فإنه غير متاح للدائن العادي , و إنما للدائنين أصحاب التأمينات العينية و حقوق الامتياز , و عليه يظهر القصور في تنظيم أحكام الحجز التحفظي على العقارات و تظهر الضرورة الملحة لتدخل المشرع لتوضيح أكثر للأحكام المتعلقة بالحجز التحفظي على العقارات و الأحكام التي تليه .

## الفرع الثاني

## الحجز التحفظي لما للمدين لدى الغير

يمكن تعريف حجز ما للمدين لدى الغير , و هو الحجز الذي يوقعه الدائن على ما يكون لمدينه من حقوق و منقولات في ذمة الغير , أو في حيازته و ذلك بقصد تمكينه من منع هذا الغير من الوفاء للمدين بالمبالغ التي تكون في ذمته أو تسليمه ما في حيازته من منقولات , و ذلك تمهيدا لحصول الدائن على حقه من تلك المبالغ , أو من ثمن هذه الأموال (1).

و هناك فرض أن أموال المدين في ذمة الغير , أو في حيازة الغير و بالتالي تنشأ الحاجة إلى سرعة حبسها في يد هذا الغير حتى يتسنى للدائن التنفيذ عليها قبل تسليمها للمدين , و لقد رسم المشرع لهذا الحجز إجراءات حجز المنقول لدى امدين , و ذلك حرصا على مصلحة الحاجز و رعاية لمصلحة الغير المحجوز لديه , فمن مصلحة الحاجز أن يبدأ هذا الحجز بإجراء يوجه مباشرة إلى الغير حتى يفاجئ المدين بحبس المال المحجوز تحت يد المحجوز لده , فلا يترك لـه فرصة استرداده أو تهريبه , فيكون إذن أوفى بحاجة الحاجز و أقرب إلى تحقيق غرضه , فهو يشكل وسيلة فعالة للتنفيذ على أموال موجودة في حيازة الغير بمباغتة المدين و الحائز بتوقيع الحجز على تلك الأموال وبتطبيق الإجراءات التي تؤدي إلى بيعها و استيفاء قيمة الدين من ثمنها (2).

(1) – راجع د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 480 .

– و راجع د / عباس العبودي ، شرح أحكام قانون التنفيذ ، دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن ، 2005 ، ص 141 .

– و راجع أيضا د / العربي الشحط عبد القادر – نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 131 .

(2) - راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 381.

فالحجز لدى شخص ثالث هو في الحقيقة وجه خاص من وجوه قهر المدين على التنفيذ , و ذلك بمنع مدينه من دفع ما في ذمته له من دين أو ما في يده من مال منقول يحوزه , و عليه فحجز ما للمدين لدى الغير يختلف عن الحجز بين يدي المدين , ففي هذا الإجراء يفترض وجود علاقة ثلاثية الأطراف تجمع بين الدائن الحاجز , و المدين المحجوز عليه , و الغير المحجوز لديه (1).

فالعلاقة القائمة بين الدائن طالب التنفيذ و مدينه المنفذ عليه هي علاقة مديونية عادية , سواء كانت علاقة حق شخصي أو علاقة متفرعة عنها , ثم من جهة أخرى توجد علاقة بين المدين و الشخص الثالث بناءا عليها يعتبر المدين في العلاقة الأولى دائنا للشخص الثالث , إما بحق شخصي أو كان له منقول في حيازة هذا الشخص الثالث , المستقلة و المنفصلة عن حيازة المدين الأصلي (2).

و القانون يقتحم هذه الروابط مقيما رباطا صناعيا بين الدائن الأصلي و مدين مدينه ( الشخص الثالث ) ممكنا الأول من توقيع الحجز على ما في ذمة الشخص الثالث لحساب مدينه الأصلي (3).

و يشترط لتوقيع الحجز التحفظي على ما للمدين لدى الغير , أن تكون الأشياء أو النقود بحوزة شخص ثالث , أي خارجة عن حيازة المحجوز عليه , و لا يمكن إعطاء صفة الشخص الثالث إلا للأشخاص الذين يكون الشيء المحجوز بحوزتهم بموجب أهلية خاصة و مستقلة تجاه المدين المحجوز عليه , و منه لا يعتبر شخصا ثالثا من له علاقة مباشرة مع المدين , بمعنى أن شخصيته القانونية تندمج مع شخصية هذا الأخير (4).

و قد ثار الخلاف في شأن الحجز على أموال موجودة في خزانة مستأجرة من البنك , فذهب رأي إلى اعتبار أن هذا الحجز هو حجز بين يدي المدين , على اعتبار أن العقد المبرم بين البنك و العميل هو عقد إجارة للخزانة لا عقد وديعة , كما أن للعميل حرية الاتصال بخزانته , فهو يعد حائزا لمحتوياتها و لا يعد البنك مدينا بما فيها , و قد حدا ببعض المحاكم في مصر و فرنسا إلى القول بعدم جواز الحجز عليها إلا بطريق الحجز على المدين , خاصة و أن البنك يجهل محتويات الخزانة , و لا يملك معرفتها و بالتالي لا يمكن القيام بواجب التقرير بما في الذمة (5).

---

(1) – راجع د / العربي الشحط عبد القادر و د/ نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 131.

(2) - voir la définition du tiers saisie , Gérard couchez, op-cit , p 131 .

- ( le tiers saisi celui qui détient des sommes due au débiteur saisie en vertu d'un pouvoir propre et indépendant , même s'il détient pour le compte d'autrui ) .
- voir Serge guinchard et Tony moussa , op-cit , p 594 .

(3) – راجع د / أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 345 .

(4) – المرجع نفسه ، ص 346 .

(5) – راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 791.

لكن هناك فريق آخر , يرى أن الحجز الذي يوقع , هو حجز ما للمدين لدى الغير ( البنك ) , إذ لا يعتد بالعلاقة القائمة بين البنك و العميل , كما لا يعتد إلا بمن له الحيازة الفعلية للشيء , فالحائز الفعلي هو البنك و بإعلان الحجز يجب عليه منع المدين من الوصول إلى الخزانة , و يؤدي واجب التقرير بما في الذمة ببيان رقم الخزانة التي استأجرها المدين .

و في رأينا , فإن هذا الموقف هو الأقرب للصواب , و يتماشى مع الاعتبارات العملية و مع ما يقتضيه التيسير بطالب التنفيذ , و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 4/677 ق.إ.م.إ :( ....و إذا كان الحجز متعلقا بمبلغ مالي مودع في حساب جاري أو بنكي أو وديعة يجب أن يبين التصريح مقدار المبلغ المالي الموجود أو انعدامه ) , و عليه فإن المشرع قد تبنى الرأي الأخير واعتبر أن الحجز على خزانة أو رصيد مالي مودع لدى البنك , هو حجز ما للمدين لدى الغير [1].

و لقد نظم المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد نوعين من حجز ما للمدين لدى الغير , الأول هو تحفظي و الثاني تنفيذي , و عليه سنتطرق إلى النوع الأول من خلال التطرق إلى إجراءات توقيعه و الأحكام الأخرى المتعلقة بهذا النوع من الحجوز التحفظية .

أ – **إجراءات توقيعه :** تختلف إجراءات الحجز التحفظي ما للمدين لدى الغير , لوجود ثلاثة أطراف أساسية فيه , و هم الدائن الحاجز , و المدين المحجوز عليه , و الغير المحجوز لديه , و حسبنا الإشارة إلى أن الحجز التحفظي الذي يبدأ به حجز ما للمدين لدى الغير , يقع ابتداء من اللحظة التي يعلن فيها المحجوز لديه بورقة الحجز , و لا يجب أن يسبق ذلك إعلان المحجوز عليه حتى يتحقق عنصر المفاجأة الذي يقوم عليه الحجز التحفظي [2].

و لما تقدم فيحصل الحجز في مصر و فرنسا بمجرد إعلان يوجهه الحاجز إلى المحجوز لديه يكلف فيه بالامتناع عن الوفاء أو التسليم , و بالتقرير بما في ذمته , إذن فالقاعدة في توقيع الحجز لدى طرف ثالث هو إتباع الإجراءات الخاصة بالحجز لدى الغير , و التي تقتصر على تبليغ المحجوز لديه بوقوع الحجز و ما يستتبع ذلك من التزامات كمنعه من الوفاء و التسليم و واجب التقرير بما في الذمة

---

(1) – لقد ثار خلاف في كل من مصر و فرنسا حول الطبيعة القانونية لحجز ما للمدين لدى الغير ، فذهب البعض إلى تكييفه بأنه حجز تحفظي ، أما البعض الأخر فإعتبره حجز تنفيذي ، و الرأي الراجح هو أنه ذو طبيعة مختلطة ، فهو يبدأ تحفظيا وينتهي تنفيذيا بحيث يبدأ تحفظيا من خلال حبس المال المحجوز و منع المحجوز لديه من تسليمه أو الوفاء به ، و يصبح تنفيذيا من الوقت الذي يتخذ فيه الحاجز الإجراء المؤدي به إلى استيفاء حقه من المال المحجوز .

– راجع في هذا الشأن أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 333 .

– و راجع أيضا د / العربي الشحط عبد القادر –نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 104 .

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 328 .

و لا يجيز القانون المصري و الفرنسي للقائم بالتنفيذ أن يدخل في محل الغير المحجوز لديه لحجز منقولات المدين , و علة ذلك هي تفادي الإساءة إلى سمعته , و لما يخشى من أن يشمل الحجز منقولات مملوكة له و ليس مملوكة للمدين (1).

و لكن المشرع الجزائري لم يحدو هذا الحذو , إذ أجاز للمحضر القضائي بعد تبليغ الحجز إلى الغير المحجوز عليه , يقوم بعدها مباشرة بجرد للأموال و تعيينها تعيينا دقيقا في محضر الحجز , و يعين المحجوز لديه حارسا عليها , إلا أن يتخلى عنها للمحضر القضائي , كما ينذره بتقديم تقرير بما في الذمة حيث نصت المادة 669 ق.إ.م.إ : ( يبلغ أمر الحجز إلى المحجوز لديه شخصيا إذا كان شخصا طبيعيا و إذا كان شخصا معنويا يبلغ إلى الممثل القانوني , مع تسليمه نسخة من أمر الحجز والتنويه بذلك في المحضر.

و يقوم المحضر القضائي على الفور بجرد الأموال المراد حجزها و تعيينها تعيينا دقيقا في محضر الحجز و الجرد , و يعين المحجوز لديه حارسا عليها و على ثمارها , إلا إذا فضل هذا الأخير تسليمها للمحضر القضائي فينوه في هذه الحالة عن ذلك في المحضر.

و يجب أن ينوه في محضر الحجز على إعذار المحجوز لديه بعدم التخلي عن الأموال المحجوزة و عدم تسليمها إلى المدين أو غيره , إلا بصدور أمر مخالف ) .

أما المادة 672 ق.إ.م.إ فقد نصت على إلزام المحجوز لديه بتقديم تقرير بما في الذمة حيث نصت على : ( يعتبر التبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى المحجوز لديه في الحالة المنصوص عليها في المادة 674 أدناه , بمثابة إنذار له لتقديم تصريح عن الأموال المملوكة للمدين و المودعة لديه ).

و عليه نرى أن المشرع الجزائري , قد خالف في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد النهج التقليدي في توقيع حجز ما للمدين لدى الغير, و ذلك بالسماح للمحضر القضائي بالقيام الحجز و الجرد , و هذا لا يكون إلا بدخول المحضر القضائي إلى أماكن تواجد هذه الأموال , و نرى أن هذا الإجراء قد ينطوي على احتمال الإساءة للغير خاصة إذا رفض هذا الأخير السماح للمحضر القضائي بالدخول إلى أماكن تواجد هذه الأموال , مما قد يؤدي بالمحضر القضائي الاستعانة بالقوة العمومية و هذا يعد إحراجا كبيرا و إساءة لسمعة الغير المحجوز لديه , بالإضافة إلى احتمال خطأ المحضر القضائي في أن يحجز أموال ( خاصة الأعيان , الأشياء القيمية ) ليست ملكا للمدين .

---

(1) – راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 782 .

– و راجع أيضا د / العربي الشحط عبد القادر و د/ نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 135.

و منه نرى أن المشرع الجزائري لم يكن صائبا في منح المحضر القضائي الحق في الدخول إلى أماكن تواجد الأموال و الحجز عليها , كما أننا نتسآل عن الفائدة من إلزام المحجوز لديه بتقديم تقرير بما في الذمة , و إرفاقها بقائمة الأموال المحجوزة , طالما أن المحضر القضائي قد قام بالحجز عليها و جردها .

و في الأخير يجب تبليغ أمر الحجز إلى المحجوز عليه , فالحاجز يعلم تماما أن مدينه الأصلي هو المحجوز عليه , ويجب أن يحيطه علما بالحجز الموقع لدى شخص ثالث (المحجوز لديه) , ولكي يرتب الحجز مفاعيله , ويمكن المحجوز عليه من استخدام حقه في الدفاع , بحيث إذا كان لديه اعتراضات على هذا الحجز , و يمكن إثارتها أمام القاضي الذي ينظر دعوى تثبيت الحجز , أو أن يبادر إلى رفع دعوى استعجالية يطالب فيها برفع الحجز أو غيره من الطلبات حيث نصت المادة 675 ق.إ.م.إ : ( يجوز للمحجوز عليه أن يطلب رفع الحجز كليا أو جزئيا وفقا لأحكام المادة 663 أعلاه ).

و نشير كذلك أن المادة 1/674 ق.إ.م.إ التي تنص على : ( يجب أن يتم التبليغ الرسمي لمحضر الحجز إلى المدين المحجوز عليه خلال ثمانية (8) أيام التالية لإجراء الحجز , مرفقا بنسخة من أمر الحجز مع التنويه على ذلك في محضر التبليغ , و إلا كان الحجز قابلا للإبطال ).

وعليه , نرى أن هذه المادة قد أجرت بما يمكن تسميته بالتوزيع الزماني في عملية التبليغ فالمحجوز عليه ليس هو الذي يتم تبليغه أولا رغم أنه المدين الأصلي , و أن عملية الحجز تقع على أمواله , لأن ذلك لو تم إبلاغه أولا , لبادر إلى سحب أمواله من الشخص الثالث و قام بتهريبها , هذا ونجد أن المشرع المصري قد نص على نفس الإجراء , حيث نصت المادة 332 مرافعات مصري : ( يكون إبلاغ الحجز إلى المحجوز عليه بنفس ورقة الحجز بعد إعلانها إلى المحجوز لديه مع تعيين موطن مختار للحاجز في البلدة التي بها مقر المحكمة الواقع بدائرتها موطن المحجوز عليه .

و يجب إبلاغ الحجز خلال الثمانية أيام التالية لإعلانه إلى المحجوز لديه , وإلا أعتبر الحجز كأن لم يكن ) [(1)].

و أخيرا يجب على الدائن الحاجز أن يبادر إلى رفع دعوى لتثبيت الحجز , و بالرجوع إلى المادة 2/668 ق.إ.م.إ نصت على : ( يجب على الدائن الحاجز إلى رفع دعوى تثبيت الحجز وفقا للإجراءات و الآجال المنصوص عليها في المادة 662 أعلاه , و إلا كان الحجز و الإجراءات التالية له باطلين ).

---

(1) – راجع د / عبد الحميد المنشاوي ، المرجع السابق ، ص 577 .

كما يمكن للدائن الحاجز أن يطلب تثبيت الحجز بموجب مذكرة إضافية في ملف الموضوع أمام قاضي الموضوع الذي ينظر في الدعوى بين الدائن و المدين ليصدر القاضي حكم واحد في الدعوى الأصلية و تثبيت الحجز , و في هذه الحالة لا يعتد بالأجل المنصوص عليه في المادة 3/662 ق.إ.م.إ.

**أما في مصر** فإن دعوى تثبيت حجز ما للمدين تحفظيا , لا تكون إلا في الحالات التي يوقع فيها الحجز بأمر من قاضي التنفيذ و ذلك خلال 8 أيام حيث نصت المادة 333 مرافعات مصري : ( وفي الأحوال التي يكون فيها الحجز بأمر قاضي التنفيذ يجب على الحاجز خلال الثمانية أيام المشار إليها في المادة السابقة أن يرفع أمام المحكمة المختصة , الدعوى بثبوت الحق وصحة الحجز و إلا أعتبر الحجز كأن لم يكن ) .

**ب – <u>التقرير بما في الذمة</u> :** نظام التقرير بما في الذمة من نظام حجز ما للمدين لدى الغير وهذا التقرير بما في الذمة هو فكرة إجرائية ذات محتوى موضوعي , فالحاجز في مثل هذا النوع من الحجوز يعد أجنبيا عن المحجوز لديه و قد أقام القانون كما رأينا سابقا علاقة بينه و بين هذا الأخير لدواعي هذا النوع من أنواع الحجوز , و الحاجز لا يعرف ما قد يوجد في ذمة هذا الأخير أو في حيازة المحجوز لديه من عناصر مملوكة لمدينه الأصلي المحجوز عليه [1].

و إن مقتضيات إعمال قاعدة " البينة على من ادعى" أن يقع إثبات الدين أو هذه العلاقة على عاتق الحاجز , باعتبار أن ما يدعيه من وجود هذه العلاقة على خلاف مبد الأصل في الذمة , البراءة من الدين , و لما كان الدائن يعدم كل وسيلة لهذا الإثبات فإن تكليفه به يكون عسيرا إن لم نقل تكليف بمستحيل , لهذا أعفى المشرع الدائن الحاجز من هذا العبء , و ألقاه على عاتق المحجوز لديه مخالفا القواعد العامة للإثبات من أجل مراعاة مصلحة مشروعة للدائن [2].

إن حقيقة استقلال علاقة المحجوز لديه بالمحجوز عليه عن علاقة الدائن بالمحجوز عليه , تجعل من المصلحة التعجيل بثبوت علاقة المديونية بين المحجوز لديه و المحجوز عليه قبل حصول ما يخول الدائن من اقتضاء حقه فعلا , و من ثم كان لازما أن يكون وقت الحجز غير مدين للمحجوز عليه فعليه في كل الأحوال واجب التقرير , و المهم أن يقدمه سواء كان تقريرا إيجابيا يثبت وجود مديونية بينه و بين المدين المحجوز عليه , أو كان تقريرا سلبيا يثبت انتفاء هذه المديونية أصلا [3].

---

(1) – راجع د / أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 371 .

(2) – راجع د / طلعت ديويدار ، المرجع السابق ، ص 554 .

(3) – راجع د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 540 .

و لقد رأينا فيما سبق أن المحضر القضائي يقوم بتبليغ محضر الحجز للمحجوز لديه , و يعتبر هذا التبليغ بمثابة إنذار له لتقديم تصريح عن الأموال المملوكة للمدين و المودعة لديه و هذا وفقا للمادة 672 ق.إ.م.إ و التي تقابلها المادة 5/328 من قانون المرافعات المصري .

و يكون التقرير بما في الذمة في شكل مكتوب يتخذ شكل شهادة إذا كان المحجوز لديه هي الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية , أو مؤسسة عمومية أو هيئة عمومية وطنية , تسلم هذه الشهادة إلى الحاجز أو المحضر القضائي بناءا على طلبه وفقا للمادة 676 ق.إ.م.إ , و تقابلها المادة 340 مرافعات مصري , أما إذا كان المحجوز لديه شخصا طبيعيا أو معنويا فعليه تقديم تصريح مكتوب عن الأموال المحجوزة لديه , و يجب أن يتضمن التصريح المكتوب تقريرا مفصلا عن الأموال [(1)].

و حيث يبين فيه قائمة المنقولات الموجودة لديه , و إذا كان متعلقا بدين أو مبلغ مالي مودع في حساب جاري أو بنكي أو وديعة , يجب التصريح بمبلغ الدين و محله و أسباب انقضائه , أو التصريح بالمبلغ المالي الموجود في الرصيد البريدي أو البنكي , و على المحجوز لديه أن يسلم هذا التصريح المكتوب إلى الحاجز أو المحضر القضائي مرفقا بالمستندات في أجل ثمانية أيام التالية لمبلغ الحجز حيث نصت المادة 677 ق.إ.م.إ : ( يجب على المحجوز لديه أن يقدم تصريحا مكتوبا عن الأموال المحجوزة لديه , يسلمه إلى المحضر القضائي أو إلى الدائن الحاجز خلال أجل أقصاه ثمانية (8) أيام التالية من تبليغه الرسمي لأمر الحجز , مرفقا بالمستندات المؤيدة له , و يبين فيه جميع الحجوز الواقعة تحت يده إن وقعت , مرفقا بنسخ منها ) , أما في مصر فيوجب القانون المصري إيداع التقرير في خلال 15 يوم من تاريخ تكليف المدين بذلك أمام قلم كتاب المحكمة , حيث نصت المادة 328 مرافعات مصري : ( إذا لم يحصل الإيداع طبقا للمادتين 302-303 وجب على المحجوز لديه أن يقرر بما في ذمته في قلم كتاب محكمة المواد الجنائية التابع هو لها خلال الخمسة عشر يوما التالية لإعلانه بالحجز ... ) [(2)].

إن مقتضى إعمال القواعد العامة عند إخلال المحجوز لديه بواجب التصريح بما في الذمة , أن يلزم بالقيام به على الوجه المطلوب , أن تفرض عليه غرامات , كما يمكن الحكم عليه بالتعويض إن كان له مقتضى لذلك , غير أن المشرع لم يشأ أن يترك هذا الجزاء للقواعد العامة , بل فرض جزاءا خاصا يتمثل في إلزام المحجوز لديه شخصيا بالمبلغ المحجوز من أجله , و ذلك عن طريق رفع دعوى استعجالية

(1) – التقرير بما في الذمة قد يكون إيجابيا يثبت فيه المحجوز لديه مديونيته للمحجوز عليه ، و قد يكون سلبيا ينفي فيه هذه المديونية و في كل الأحوال يجب أن يكون تفصيليا.

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 561 .

– و راجع أيضا د / عبد الحميد المنشاوي ، المرجع السابق ، ص 571 .

حيث نصت المادة 679 ق.إ.م.إ : ( إذا لم يصرح المحجوز لديه بما عنده كما هو مبين في المادة 677 أعلاه , أو قدم تصريحا بغير الحقيقة أو أخفى الأوراق الواجب إيداعها لتأييد التصريح جاز الحكم عليه بالمبلغ من أجله لصالح الدائن الحاجز الذي حصل على سند تنفيذي , وذلك بدعوى استعجالية .

و يجب في جميع الأحوال إلزام المحجوز لديه بالمصاريف القضائية , و يمكن الحكم عليه بالتعويضات المترتبة عن تقصيره أو تأخيره في تقديم التصريح ).

و يتجه المشرع المصري إلى تقرير نفس الجزاء , و هو إمكانية تحميل المحجوز لديه المسؤولية وإلزامه بالتعويض المترتب عن تقصيره أو تأخيره , غير أن الدعوى ترفع في مصر أمام قاضي الموضوع فهي منازعة موضوعية في التنفيذ يختص بها قاضي التنفيذ دون غيره , حيث نصت المادة 343 من قانون المرافعات المصري : ( إذا لم يقرر المحجوز لديه بما في ذمته على الوجه وفي الميعاد المبينين في المادة 339 أو قرر غير الحقيقة أو أخفى الأوراق الواجب عليه إيداعها لتأييد التقرير جاز الحكم عليه للدائن الذي حصل على سند تنفيذي بدينه بالمبلغ المحجوز من أجله و ذلك بدعوى ترفع بالأوضاع المعتادة .

و يجب في جميع الأحوال إلزام المحجوز لديه بمصاريف الدعوى و التعويضات المترتبة على تقصيره أو تأخيره ) [1].

و في حالة ما إذا توفي المحجوز لديه , أو فقد أهليته , أو زالت صفته أو صفة من يمثله , فإنه يجب على الدائن الحاجز أن يبلغ نسخة من محضر الحجز و أمر الحجز إلى ورثة المحجوز لديه أو إلى الممثل القانوني أو الإتفاقي للورثة , و على هؤلاء أن يقوموا بتقديم التصريح خلال 10 أيام من تاريخ التبليغ , و هذا وفقا لنص المادة 678 ق.إ.م.إ : ( إذا توفي المحجوز لديه أو فقد أهليته أو زالت صفته أو زالت صفة من يمثله , وجب على الحاجز أن يبلغ نسخة من محضر و أمر الحجز إلى ورثة المحجوز لديه أو إلى ممثلهم القانوني أو الإتفاقي , و يكلفهم بتقديم تصريح بما في حيازتهم وإن لم يكن تم إعداده من قبل , خلال أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ التبليغ الرسمي ) .

و هو نفس الحكم الذي أشارت إليه المادة 341 مرافعات مصري حيث نصت على : ( إذا توفي المحجوز لديه أو فقد أهليته أو زالت صفته أو صفة من يمثله كان للحاجز أن يعلن ورثة المحجوز لديه أو من يقوم مقامه بصورة من ورقة الحجز و يكلفه التقرير بما في الذمة خلال خمسة عشر يوما ) .

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 567 .

– و راجع أيضا د / عبد الحميد المنشاوي ، المرجع السابق ، ص 538 .

و عليه فهاتين المادتين في التشريع الجزائري و التشريع المصري , هما مادتان مستحدثتان وهما تطبيق للقواعد العامة في الوقف القانوني للإجراءات , و هي تعالج حالة هامة تسبب في العادة وقف إجراءات الحجز , و بهذا يتمكن الحاجز من استكمال إجراءاته بإعلان الحجز إلى ورثة المحجوز لديه أو من يقوم مقامه (1).

د – **دعوى تثبيت الحجز** : يتوجب على الدائن أن يبادر إلى رفع دعوى تثبيت الحجز , حيث تنص المادة 668 / 2 و 3 : ( يجب على الدائن الحاجز رفع دعوى تثبيت الحجز , وفق الإجراءات و الآجال المنصوص عليها في المادة 662 أعلاه , و إلا كان الحجز و الإجراءات التالية له باطلين .

و يجوز أيضا للدائن إجراء هذا الحجز , إذا كانت دعوى الدين مرفوعة أمام قاضي الموضوع و في هذه الحالة تقدم مذكرة إضافية في ملف الموضوع لتثبيت الحجز أمام نفس قاضي الموضوع ليفصل فيهما معا و بحكم واحد , و لا يعتد بالأجل المنصوص عليه في المادة 662 أعلاه ) .

و عليه فإن للدائن الحاجز أن يسلك طريقين , فإما أن يرفع "دعوى لتثبيت الحجز" أمام قاضي الموضوع خلال أجل 15 يوم من صدور الأمر بالحجز , أما الطريق الثاني و هي أن يقدم مذكرة إضافية في دعوى منازعة بين الدائن و المدين قد رفعت من قبل , و قد راعى المشرع الجزائري في هذا الأمر مصلحة الدائن و أعفاه من رفع دعوى ثانية على اعتبار أن الدعوى الأولى متعلقة بنزاع حول الدين و بالتالي يفصل في النزاع بحكم واحد مما يجنب الدائن الحاجز صدور حكمين مختلفين أو متناقضين كما أعفى المشرع الجزائري الدائن الحاجز التقيد بالأجل المنصوص عليه في المادة 662 من نفس القانون , و يعتبر هذا من التسهيلات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد , و بذلك تصبح الإجراءات أكثر بساطة و فعالية لتحقيق الغاية منها .

و يجمع الفقهاء أن " **دعوى تثبيت الحجز** " هي دعوى موضوعية يهدف من ورائها إلى تحقيق غرضين , فالغرض الأول هو الحصول على حكم إلزام ضد المحجوز عليه يتضمن تأكيد حق الحاجز و الغرض الثاني هو الحكم بصحة إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير , و الواقع أن الغاية الأساسية من الدعوى هي الغاية الأولى , ذلك أن القاعدة الأساسية في الإجراءات هي فرض صحتها وعلى من يدعي العكس أن يطالب ببطلانها (2).

و إن أطراف الدعوى الأصليين هم الدائن الحاجز و المدين المحجوز عليه , و بما أنحجز ما للمدين لدى الغير يجمع طرفا ثالثا و هو المحجوز لديه فقد أجاز القانون أن يكلف بالحضور في هذه الدعوى

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 556 .

(2) – راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 211 .

و لا يمكنه أن يطالب بإخراجه من النزاع حيث نصت المادة 673 ق.إ.م.إ : ( إذا كلف المحجوز لديه بالحضور في دعوى تثبيت الحجز التحفظي , فلا يجوز له أن يطلب إخراجه منها والحكم الصادر فيها لا يترتب أثرا في مواجهته إلا فيما يتعلق بتثبيت الحجز ) .

و نشير أن هذا هو نفس الحكم في التشريع المصري , إذ على الدائن الحاجز أن يبادر إلى رفع دعوى تثبيت الحجز خلال 08 أيام من إعلانه محضر الحجز إلى المحجوز لديه , كما أنه إذا تم اختصام هذا الأخير فلا يجوز له أن يطلب إخراجه من النزاع حيث نصت المادة 334 مرافعات مصري : ( إذا اختصم المحجوز لديه في دعوى صحة الحجز , فلا يجوز له أن يطلب إخراجه منها و لا يكون الحكم فيها حجة عليه إلا فيما يتعلق بصحة إجراءات الحجز ) , ذلك أن الخصم الحقيقي في دعوى صحة الحجز و ثبوت الحق هو المحجوز عليه , أما إذا اختصم المحجوز لديه فلا شأن له بثبوت الحق محل العلاقة بينه و بين المدين المحجوز عليه (1).

## المطلب الثاني

## آثار الحجز التحفظي

يترتب على الحجز التحفظي مجموعة من الآثار القانونية الإجرائية , و الموضوعية بالنسبة للمال المحجوز , و هو يعني أن الحجز يرتب مركزا قانونيا جديدا بالنسبة لهذا المال , فالحجز إذ يقع على مال معين يجعله مالا محجوزا , و هو بذلك يعزله عن سائر الأموال و يخضعه لنظام قانوني جديد يختلف عن النظام العادي لسائر الأموال .

و قد اختلف الفقه في تحديد طبيعة المركز القانوني الذي يرتبه الحجز , فقد اتجه جانب من الفقه إلى تصويره كمركز من مراكز القانون الموضوعي , بينما صوره جانب من الفقه الحديث في إيطاليا كمركز إجرائي .

**أ – <u>النظريات الموضوعية</u> :** سنحاول بإيجاز استعراض هذه النظريات قبل التطرق إلى الآثار التي يرتبها الحجز التحفظي ، و تتمثل فيما يلي :

**1 – <u>نظرية عدم أهلية المحجوز عليه</u> :** ذهبت نظرية قديمة إلى أن الحجز يجعل المحجوز عليه عديم الأهلية بالنسبة للمال المحجوز , فيفقد أهلية التصرف و الإدارة في هذا المال (2) .

---

(1) - راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 351 .

– و راجع أيضا د / طلعت ديودار ، المرجع السابق ، 577 .

(2) – للتفصيل أكثر في هذه النظريات راجع الدكتور فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 342.

* **نقد النظرية** : يعاب على هذه النظرية أنها تخلط بين آثار الحجز و آثار عدم الأهلية التي هي حالة في الشخص لا تتجزأ ترتب آثار في مواجهة الكافة و بالنسبة لجميع أموال الشخص , و يترتب على انعدامها أو انقضائها أن تصبح تصرفات الشخص في أمواله باطلة أو قابلة للإبطال , و القانون لا يرتب على الحجز مثل هذا الأثر , و إنما يرتب أثر أخر , و هو عدم نفاذ تصرفات المحجوز عليه في مواجهة الدائن الحاجز .

**2- النظرية المخولة للحاجز حق عيني على المال المحجوز** : يذهب فريق من الفقه إلى أن الحجز يخول الحاجز حقا عينيا على المال المحجوز , فالدائن يصير له بالحجز حقا عينيا على المال المحجوز و هذا الحق يخوله ما تخوله الحقوق العينية من حق التقدم وحق التتبع .

فالدائن الحاجز يستأثر بحصيلة التنفيذ على هذا المال دون غيره من الدائنين , و يبدوا حق التتبع في أنه يستطيع الاستمرار في التنفيذ على المال المحجوز رغم التصرف فيه .

* **نقد النظرية** : يتميز الحق العيني بإيجاد علاقة مباشرة بين صاحب الحق و الشيء محل الحق أما الدائن العام فيباشر حقه في مواجهة المدين , بناءا على ما له من حق الضمان العام على أمواله , وحق الضمان العام ليس حقا عينيا , و إنما هو تعبير عن مسؤولية المدين عن التزاماته في جميع أمواله .

كما لا يرتب الحجز حق التقدم للحاجز , فلا يجوز لأي دائن عادي أن يتدخل في الحجز , ويقتسم حصيلة التنفيذ بالتساوي مع الدائن الحاجز السابق.

و لا يرتب الحجز حق التتبع للحاجز , إذ أن حق التتبع يخول صاحبه التنفيذ على الشيء في أيد كان فهو ينفذ بمقتضى هذا الحق في مواجهة المتصرف إليه .

**ب – النظريات الإجرائية :** و تتمثل هذه النظريات فيما يلي :

**1 – نظرية التقييد الإجرائي لحق المحجوز عليه** : يرى جانب من الفقه الحديث في إيطاليا أن الحجز يحد من سلطة المحجوز عليه على المال المحجوز من أجل تحقيق غاية إجراءات التنفيذ , فالقيد الذي يرتبه الحجز على المال هو قيد إجرائي يفرضه قانون المرافعات بناءا على إجراء معين , وهو عبارة عن مركز من مراكز القانون العام لأنه يترتب على مباشرة الدائن لمكنة عامة , و هي الحق في التنفيذ يحرك بها سلطة عامة هي القضاء , و من أعمال السلطة العامة تترتب آثار الحجز خلال الإجراءات , و هذه الآثار تتجه إلى تحقيق غاية إجرائية هي بيع المال المحجوز و توزيع حصيلته.

أما مضمون هذا القيد , فيتمثل في تقييد سلطة صاحب المال في التصرف فيه و في حرمانه من حيازته و الانتفاع به , و كذلك تستبدل الحيازة الخاصة للمحجوز عليه حيازة عامة و مؤقتة لأحد أعوان القضاء للمحافظة عليه و إدارته إلى حين بيعه في المزاد العلني .

* **نقد النظرية** : لا شك في أن هذه النظرية مصيبة إلى حد ما في تبيين الطبيعة الإجرائية للمركز القانوني الذي ينشئه الحجز للمحجوز عليه , فالحجز نظام إجرائي يرسمه قانون المرافعات , يهدف إلى تحقيق غاية إجرائية و هي الحماية التنفيذية , أما الآثار الموضوعية التي يرتبها الحجز عند التصرف في المال المحجوز أو الانتفاع به فتخدم هذا النظام و تخضع لمقتضياته .

و لكن ما يعيب هذه النظرية إقرارها بالطبيعة العامة للحجز , فإجرائية الحجز لا تستتبع طبيعته العامة كما أنها ترتكز هذه النظرية على آثار الحجز من جهة نظر المحجوز عليه , و الواقع أن الحجز يحدث آثار بالنسبة للمال , حيث يخضعه لنظام قانوني متميز و ينعكس هذا على أطراف التنفيذ و الغير [1].

**2- وصف المال المحجوز بأنه محل التنفيذ** : يحقق الحجز دورين أساسين و هما : **دور مادي** : هو تعيين المال محل التنفيذ و **دور قانوني** : هو ترتيب مركز قانوني جديد بالنسبة لهذا المال إذ يجعل منه محلا للتنفيذ.

فالمال قبل الحجز يدخل مع سائر أموال المدين ضمن الضمان العام , و يكون قابلا للتنفيذ عليه أما بعد الحجز فإنه يصير محلا للتنفيذ عليه.

و هذا وصف إجرائي ينسبه قانون المرافعات إلى المال المحجوز , فيجعل منه عنصر من عناصر النشاط الإجرائي و هو التنفيذ , و يكفل بهذا الوصف المحافظة على المال المحجوز من أجل بلوغ غايته أي أنه بالحجز يصبح المال المحجوز مخصصا لغرض معين هو أن يكون محلا للتنفيذ لإشباع حق الدائن , و هذا يعني ارتباط المال المحجوز بالمصير الذي تقوده إليه إجراءات التنفيذ , مما يؤثر في مراكز أطراف التنفيذ و الغير بالنسبة لهذا المال .

* **نقد النظرية** : تعتبر هذه النظرية امتداد للنظرية الإجرائية و كل ما في الأمر أن أصحاب هذه النظرية حاولوا تفادي الانتقادات الموجهة إليها , و بالتالي لم يصروا على الطبيعة العامة للحجز كما أنهم لم يركزوا على آثار الحجز بمنظور المحجوز عليه , إن الحجز بوصفه نظاما إجرائيا فإن توقيعه يرتب آثار نص عليها و نظمها قانون الإجراءات , وعليه يمكننا حصر هذه الآثار في ثلاثة آثار رئيسية , وهي بقاء المال في ذمة المحجوز عليه , و عدم نفاذ تصرفات المدين , والحراسة القضائية .

---

(1) – راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 157 .

## الفرع الأول

## بقاء المال في ذمة المحجوز عليه

تنشأ آثار الحجز سواء أكان تنفيذيا أم تحفظيا , و سواء كان حجزا على المنقول لدى المدين أو لدى الغير أم حجزا على العقار , فهي في جوهرها واحدة , تتمثل في أن مجرد توقيع الحجز لا يخرج المال المحجوز من ذمة صاحبه , و إنما يبقى فيها و لكن خاضعا لنظام قانوني خاص بمقتضاه تقيد سلطات المدين حتى لا يضار الحاجزون (1).

إذن فالهدف الأولي للحجز أيا كان نوعه أو طريقه , هو وضع المال المحجوز تحت يد القضاء إلى حين بيعه , فالحجز في ذاته لا ينزع المال المحجوز من ذمة صاحبه بل يبقى هذا الأخير مالكا له طوال مدة الحجز , و لا يثقله بتأمين عيني , و إنما يمهد فقط لنزع هذا الحق (2).

حيث تنص المادة 1/660 ق.إ.م.إ : ( تبقى الأموال المحجوزة تحت يد المحجوز عليه إلى حين الحكم بتثبيت الحجز أو الأمر برفعه ) , – لا يوجد نص يقابله في التشريع المصري – , و عليه يترتب على بقاء المال في ذمة المحجوز عليه الآثار التالية :

*– يظل المال المحجوز داخلا في الضمان العام لسائر الدائنين , فيجوز لأي دائن أخر أن يوقع حجزا على ذات المال , و يشترك مع الحاجز الأسبق في اقتسام حصيلة التنفيذ على وجه المساواة , ما لم يكن له حق التقدم بناءا على القانون الموضوعي (3).

*– إذا هلك المال المحجوز بقوة قاهرة , تكون تبعة الهلاك على المحجوز عليه باعتباره مازال مالكا لهذا المال , و بالتالي لا ينقضي حق الحاجز بسبب الهلاك , و إنما يستطيع التنفيذ على أموال أخرى لاستيفاء حقه (4).

*– عندما يباع المال المحجوز عن طريق القضاء , فإن الثمن يحل محله في ذمة المحجوز عليه , فإذا بقى شيء منه بعد اقتضاء الدائنين المنفذين لحقوقهم فإنه يكون للمحجوز عليه .

---

(1) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 395 .

(2) – راجع د / نبيل إسماعيل عمر و د/ أحمد هنيدي و د/ أحمد خليل ، التنفيذ الجبري ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية 2004 ، ص 405.

– و راجع أيضا د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 159 .

(3) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 211 .

(4) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 468.

إذا تصرف المحجوز عليه في المال , فلا يعتبر تصرفا في ملك الغير , لكنه غير نافذ في مواجهة الغير و إذا استمرت إجراءات التنفيذ بعد التصرف في المال , و بقي شيء من حصيلة التنفيذ فإنه يكون للمتصرف إليه , أما إذا بطل الحجز أو سقط أو تنازل عنه الحاجز , نفذت تصرفات المحجوز عليه في مواجهة الجميع بأثر رجعي مند تاريخ وقوعها (1).

*- يكون للمحجوز عليه صفة في اتخاذ كافة الإجراءات القانونية للمحافظة على ماله المحجوز , فله أن يرفع الدعاوى المتعلقة بهذا المال , سواء بالنسبة لأصل الحق و الحيازة و طلب الإجراءات التحفظية بل له أن يطلب إجراءات التنفيذ للحصول على المال إذا لم يكن تحت يده (2).

و لقد رأينا في معرض تطرقنا إلى إجراءات توقيع الحجز أن المحضر يقوم بتعين المحجوز عليه حارسا قضائيا على الأشياء المحجوزة , و إن تعذر عليه ذلك يعين شخصا آخر , و بالتالي فإن حيازة الأشياء المحجوزة تكون في يد الحارس , فإذا لم يكن هو المدين فلن يستطيع استعمال الأشياء المحجوزة بخلاف المدين المحجوز عليه الذي أجاز المشرع استعمال الأشياء المحجوزة والانتفاع بثمارها حيث نصت المادة 2/660 : ( و له أن ينتفع بها انتفاع أب الأسرة الحريص , و له أن يمتلك ثمارها مع المحافظة عليها ).

إذن حق الاستعمال حق حصريا على المدين المحجوز عليه , فإذا كان المال المحجوز عقارا كأن يكون مسكنا فله أن يبقى ساكنا فيه لا باعتباره مستأجرا , و إنما مالكا لهذا العقار , ونفس الشيء بالنسبة لسلطة الاستغلال , فله أن يستعمل السيارة المحجوزة , شريطة أن لا يؤدي هذا الاستغلال إلى هلاك الشيء المحجوز و تلفه (3).

و كما أجاز المشرع الجزائري للمدين المحجوز عليه أن يمتلك الثمار المحجوزة , هذا لدوافع إنسانية كما يرى البعض أن هذه الثمار تعد بمثابة أجرة يتلقاها المدين الحارس لقاء حراسته , لكن التساؤل الذي يطرح هو ما إذا كانت هذه الثمار كثيرة , كما لو كان محل الحجز حظائر كبيرة للماشية تدر كميات كبيرة من الألبان مثلا , و قد تتجاوز في قيمتها قيمة الأموال المحجوزة , فنرى في هذه الحالة أن الحجز يشملها على اعتبار أنها تجاوزت الحد الذي يضمن للمدين معيشته هو وأسرته , ومنه كان من الأجدر على المشرع الجزائري أن يحدد نسبته أو معيار لتملك المدين لهذه الثمار.

---

(1) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 468 .

(2) – راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 161 .

– و راجع أيضا د / نبيل إسماعيل عمر و د/ أحمد هنيدي ، و د/أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 406 .

(3) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 416 .

و كما أن المشرع الجزائري لم يفرق بين أنواع الثمار سواء كانت الثمار طبيعية أو مستحدثة كالمحصولات أو مدنية كالأجرة و الفوائد فهي كلها ملك للمدين , حسب نص المادة 2/660 السالفة الذكر و في رأينا أنه يجب كذلك تحديد ما هو ملك للمدين و ما يلحق بالمال المحجوز , ذلك أن إلحاق الثمار بالمال المحجوز فيها تأكيد و ضمانة للدائن الحاجز في استيفاء حقه , و لا شك بأن هذا الأخير أجدر بالحماية دون إغفال الجانب الإنساني و حفظ كرامة المدين المحجوز عليه .

## الفرع الثاني
## عدم نفاذ تصرفات المدين

لقد سبق بيان أن الحجز لا يعني سببا لانقضاء ملكية المدين , أو لنقص أهليته و لا مصدر الحق العيني على , و إنما هو وصف قانوني إجرائي يلحق بالمال المحجوز عليه قصد حماية حقوق الحاجزين [1].

و القاعدة العامة في المال أن الحجز لا يخرج المال المحجوز من ملك المدين فيظل هذا الأخير مالك , لما لهذا المالك من سلطات , و أهم هذه السلطات هي سلطة التصرف في هذا المال أيا كان نوعه , **فهل حماية الدائنين الحاجزين تستلزم القول ببطلان هذا التصرف في المال المحجوز إذا فرض و حصل ؟**

و لاشك أن ذلك هو الحل النموذجي , و لو أخذنا به لتحقق للدائنين الحاجزين كامل الحماية , لكن هذا الحل و الحال يجافي المنطق السليم , فالمدين مالك لما له و الحجز لا ينزع منه ملكيته , و ما دام الأمر كذلك فيتعين القول بصحة تصرفه في المال المحجوز , لكن المشرع رتب جزاءا آخر و هو عدم الاعتداد بتصرفات المدين أي تصرفاته غير نافذة , و المقصود بعدم النفاذ أن تصرف المدين هو تصرف صحيح منتج لآثاره بين المتعاقدين , لكنه لا يسري في مواجهة الحاجز , أي بمعنى أنه لا يحتج بهذا التصرف في مواجهته , و بالتالي يستطيع الاستمرار في التنفيذ متجاهلا من صدر التصرف له , و دون الحاجة للحصول على حكم بذلك , حيث تنص المادة 661 ق.إ.م.إ على : ( كل تصرف قانوني من المدين في الأموال المحجوزة , لا يكون نافذا و يترتب على التصرفات القانونية أو الأعمال المادية المضرة بالحاجز , تعرضه للعقوبات المتعلقة بجرائم الأموال المحجوزة المنصوص عليها في قانون العقوبات.

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 470 .

غير أنه يجوز للمدين أن يؤجر الأموال المحجوزة بترخيص من رئيس المحكمة الذي أمر بالحجز وذلك بأمر على عريضة ) .

و أما التشريع المصري , لم يتضمن حكم عدم نفاذ تصرفات المدين المحجوز عليه في المنقول و يتجه الفقه المصري إلى الأخذ على سبيل القياس من نص المادة 405 مرافعات مصري المتعلقة بحجز العقار , لاستخلاص الجزاء المترتب على ذلك [1].

أ – **<u>نطاق التصرفات غير النافذة</u> :** يقصد بالتصرفات غير النافذة أعمال التصرف القانوني les actes de dispositions, و هي الأعمال التي ترتب أثرا قانونيا يحول دون التنفيذ على المال المحجوز أو ينتقص من قدرته على سداد حق الدائن المنفذ , و هو يشمل التصرفات التالية :

**1 – <u>التصرفات الناقلة للملكية</u>** : كالبيع و الهبة و ذلك لأن الاعتداد بانتقال الملكية للغير يؤدي إلى بطلان الحجز , باعتبار أن شرط ملكية المدين للمال المحجوز ليس شرط إبتداء فقط , و لكنه شرط بقاء كذلك فيجب أن يضل المحجوز على ملكية المدين , و في سبيل ذلك لم يشأ المشرع أن يذهب بعيدا إلى حد البطلان, وكان بإمكانه ذلك لكنه حسنا ما فعل , بأن اكتفى بعدم النفاذ بالمعنى السابق[2].

**2 – <u>التصرفات التي ترتب حقوق عينية أصلية كحق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أو حق الارتفاق</u>** : ذلك لأنها تؤدي إلى خفض الثمن الذي يباع به المـال المحجوز مما ينقص حق الدائن من استيفاء حقه .

**3 – <u>التصرفات التي ترتب حقوقا عينية تبعية كالرهن الرسمي و الحيازي</u>** , إذ يترتب على نفاذها أن يسوء مركز الدائن العادي , لأن الرهن يعطي حق أولوية للمتصرف إليه , مما يهدد حصول الدائن العادي من هذه الحصيلة , و لذلك فالحجز يجمد مركز الدائنين العاديين بالنسبة للمال المحجوز , فلا يجوز لأحدهم أن يحصل على أولوية في اقتضاء حقه من المال المحجوز , بل أنه و لنفس العلة لا يعتد بالحقوق العينية التي تترتب على المال المحجوز دون إرادة المحجوز عليه [3].

و أما إذا كان المال المحجوز حقا شخصيا للمدين لدى الغير , فإنه يحبس عن المحجوز عليه , فلا

---

(1) – راجع أيضا د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 162 .

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 472 .

(3) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 403 .

– و في حالة التزاحم بين التصرف و الحجز, يحول هذا الأخير دون نفاذ التصرفات اللاحقة عليه ، أما التصرفات السابقة عليه فإنها تكون نافذة في حق الدائن الحاجز إذا ما توافرت شروط نفاذها في مواجهة الغير.

– راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 163 .

ينفذ أي تصرف من شأنه انقضاء الحق بأي سبب كالوفاء و الإبراء أو المقاصة , كما لا تنفذ الحوالة إلى الغير (1).

**ب – الأشخاص الذين لا تنفذ التصرفات في مواجهتم :** عدم النفاذ جزاء نسبي من حيث نطاقه الشخصي , بمعنى أن التصرف صحيح و يرتب آثاره بالنسبة لأطرافه , و لكن هذه الآثار تنفذ في مواجهة بعض الأشخاص دون البعض الآخر , و إذا كان عدم النفاذ هو نتيجة لوصف المال بأنه محجوز , فإن التصرف ينفذ في مواجهة من لا يعد طرفا في إجراءات التنفيذ كالدائن العادي الذي لم يباشر توقيع إجراءات الحجز , و يكون التصرف غير نافذ في مواجهة الأشخاص الآتي ذكرهم :

**1– الدائنون الحاجزون :** لا تنفذ التصرفات في المال المحجوز في مواجهة الدائنين الحاجزين فالمال صار بالحجز محلا للتنفيذ إقتضاءا لحقوقهم , و لا ينفذ في حقهم أي تصرف يتنافى مع هذا الوصف و يقصد بالدائنين الحاجزين كل دائن حاجز سواء كان هو أول من قام بتوقيع الحجز , أو المتدخل في الحجز , و سواء كان دائنا عاديا أو صاحب حق تبعي على المال المحجوز قبل الحجز , والواقع أن عدم النفاذ يفيد بشكل خاص الدائن العادي الذي لا سبيل له , للحصول على حقه من المال المحجوز المتصرف فيه إلا من خلال هذا الجزاء (2).

و أما الدائن صاحب الحق العيني فإنه بما له من حق تتبع على هذا المال يستطيع أن ينفذ عليه في أي يد كان , و غاية ما في الأمر أنه سيباشر الإجراءات التنفيذية في مواجهة المتصرف إليه بدلا من مباشرتها في مواجهة المدين (3).

**2 – المشتري بالمزاد :** إن المآل الطبيعي للمال المحجوز هو بيعه قضائيا عن طريق المزاد , فلو افترضنا نفاذ هذه التصرفات في مواجهة المشتري , فإن لا أحد يتقدم للشراء , أو يكون الشراء بثمن أقل مما يضر بمصلحة الدائنين المنفذين , الأمر الذي يحول دون وصول الحجز إلى غايته الطبيعية و هي البيع القضائي و استيفاء الحاجزون لحقهم من حصيلة التنفيذ .

**3 - الدائنون أصحاب الحقوق المقيدة :** باعتبار أن هؤلاء الدائنون لهم تأمينات عينية ( عينية / شخصية ) تخولهم حق التقدم و التتبع , و حتى إن لم يقوموا بتوقيع إجراءات الحجز , و لكنهم يعتبرون أطراف في الإجراءات و لا تكون التصرفات نافذة في واجهتهم , إلا إذا توافرت شروط النفاذ قبل ذلك

---

(1) – راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 164 .

(2) – في حالة التزاحم بين التصرف و الحجز, يحول هذا الأخير دون نفاذ التصرفات اللاحقة عليه ، أما التصرفات السابقة عليه فإنها تكون نافذة في حق الدائن الحاجز إذا ما توافرت شروط نفاذها في مواجهة الغير.

(3) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 406 .

– و راجع أيضا د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 474 .

و إذا كان حق التتبع يخول هؤلاء الدائنين التنفيذ في مواجهة المتصرف إليه , فإن عدم النفاذ يؤدي إلى استمرار التنفيذ في مواجهة المحجوز عليه .

**ب - إيجار المال المحجوز :** أشرنا فيما سبق أن الحجز لا يخرج المال من ذمة صاحبه , و منه يجوز للمحجوز عليه أن يستعمل المال المحجوز كما كان ستعمله قبل الحجز , كما رأينا أن هذا الأخير يقيد من سلطة المحجوز عليه في استعمال و استغلال المال المحجوز ليكفل استخدامه محلا للتنفيذ .

و كما أن تصرف المدين في ماله المحجوز يترتب عليه جزاء عدم نفاذ هذه التصرفات في مواجهة الحاجزون و بعض الأطراف , و لكنه قد تستدعي الحاجة أن يتصرف المدين في أمواله فهل يجوز له القيام بذلك .

و بالرجوع إلى المادة 2/661 : ( غير أنه يجوز للمدين أن يؤجر الأموال المحجوزة بترخيص من رئيس المحكمة الذي أمر بالحجز و ذلك بأمر على عريضة ) , و عليه فقد أجاز المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية للمدين المحجوز عليه , شريطة أن يحصل على ترخيص من رئيس المحكمة الذي أمر بالحجز , و ذلك بأمر على ذيل عريضة , إلا أن النص لم يحدد مدة الإيجار التي يمكن للمدين تأجير الأموال فيها , و حسب رأيينا فإن الأمر متروك إلى سلطة القاضي الذي ينظر في الترخيص كما أن النص لم يحدد مآل الأجرة , فهل هي للمدين أم تدخل ضمن الأموال المحجوزة .

و عليه نرى أن هذه الأجرة إذا كانت زهيدة فهي من حق المدين , أما إذا كانت معتبرة فإنها تضم إلى الأموال المحجوزة ، و لو أن المادة 2/660 تنص على أن للمحجوز عليه أن يمتلك الثمار وبدل الإيجار يعتبر من الثمار المدنية , إلا أننا نرى بضرورة تحديد ما يحق للمدين المحجوز عليه تملكه من ثمار و مهما كان نوعها و ما يدخل من الأموال المحجوزة .

**أما في مصر**, و كما سبقت الإشارة فإن المشرع المصري لم يتطرق إلى آثار الحجز التحفظي و لم يتطرق إلى إيجار المال المحجوز إلا بصدد تنظيمه للحجز التنفيذي على العقار , إلا أن المشرع المصري في نص المادة 320 من قانون المرافعات المصري أحال إلى تطبيق أحكام الحجز التنفيذي على المنقولات الحجوزة [1].

---

(1)– تنص الفقرة الأولى من المادة 320 من قانون المرافعات المصري على : " يتبع في الحجز التحفظي على المنقولات القواعد والإجراءات المنصوص عليها في الفصل الأول من الباب الثالث من هذا الكتاب عدا ما تعلق منها بتحديد يوم البيع " .

# الفرع الثالث
# الحراسة القضائية

يقتضي القانون للمحافظة على المال المحجوز , و وضعه تحت حراسة شخص معين و يستوي في ذلك المال المحجوز سواء كان عقارا أو منقولا.

و إذا كانت طريقة تعيين الحارس تختلف باختلاف طرق التنفيذ , فإن تعيينه يعد دائما أثرا للحجز و بالتالي تعد الأشياء محجوزة بمجرد جردها و ذكرها في محضر الحجز , حتى و لو لم يتم تعيين حارسا عليها أو تم تعيينه تعيينا معيبا , فإنه لا يؤثر على صحة الحجز إذ يبقى صحيحا , و من ناحية أخرى و بناءا على نفس الاعتبار , إذا لم يتخذ إجراء الحراسة أو اتخذ باطلا و تم البيع رغم ذلك فإنه يقع صحيحا منتجا لآثاره , باعتبار أن البيع القضائي لا يبنى إلا على الحجز الصحيح [(1)].

و الحراسة ليست إجراءا لازما في كل الأحوال ما دام الشيء المحجوز محفوظا , فإذا كان المال المحجوز في يد شخص يلتزم بناءا على سند حيازته ( كالمستأجر مثلا ) بما يلتزم به الحارس بالمحافظة عليه , أما إذا كان المال المحجوز حقا شخصيا , فإن المحافظة عليه تتحقق عن طريق حبسه في يد المدين به , و يكون مسئولا عنه .

**أ - <u>تعيين الحارس القضائي</u> :** الأصل أن الذي يقوم بتعيين الحارس , هو المحضر القضائي – في الجزائر و فرنسا و معاون التنفيذ في مصر – و يتم عادة تعيين المحجوز عليه أو المحجوز لديه حارسا على الأشياء ( المادة 660 و 2/669 ق.إ.م.إ ) , إلا إذا هذا الأخير عن الأشياء المحجوزة للمحضر القضائي , أما إذا أتى المحجوز عليه أو الحاجز بحارس عينه المحضر القضائي , على أن يكون مقتدرا و يستوي بعد ذلك أن يكون رجلا أو امراءة بشرط أن يكون كامل الأهلية ,فلا يجوز تعيين عديم الأهلية أو ناقصها [(2)].

وإذا كانت الأموال المحجوزة في مسكن المحجوز عليه أو محله التجاري عينه المحضر القضائي كحـــارس عليها , أمـــا إذا لم تكن موجودة في مسكنه أو محله التجاري و لـــم يأت الحاجز أو المحجوز

---

(1) – راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 172 .

– يرى الدكتور طلعت دويدار أن تعيين الحارس هو إجراء إضافي للحجز .

– راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 375

(2) – و يذهب رأي آخر إلى أن الحارس يعتبر وكيلا mandataire عن الحاجز و المحجوز عليه ، و لكن الراجح ، هو ما ذهب إليه رأي أخر من أنه ليس وكيلا بل يعتبر من أعوان القضاء auxiliaire de la justice يؤدي خدمة عامة و يأخذ بذلك حكم الحارس القضائي .

عليه بحارس مقتدر , وجب على المحضر القضائي تكليف المحجوز عليه مؤقتا بالحراسة و لا يعتد بإرادته في القبول أو الرفض خاصة , و في حالة اذا لم يجد المحضر القضائي المحجوز عليه يمكنه تكليف الحاجز بالحراسة مؤقتا , و هذا بخلاف التشريع المصري الذي لا يجيز تعيين الحاجز حارسا على الأموال لاعتبارات المحافظة على شعور المدين و تجنبا للمتاعب التي قد تنشأ نتيجة لذلك و في رأيينا أن هذا الاتجاه سديد و منطقي , فلا شك في أن المدين لا يتقبل نزع ملكيته بسهولة ولن يرضي أن يتولى الحاجز حراسة هذه الأموال ففي هذا مسا بكرامته و يشعره بإهانة الدائن الحاجز له مما قد يؤدي إلى ردة فعل سلبية لهذا الأخير .

و عليه فعلى القائم بالتنفيذ أن يتخذ كل التدابير الممكنة للمحافظة على الأشياء المحجوزة , و أن يرفع الأمر على الفور لقاضي التنفيذ ليأمر بنقلها أو إيداعها عند أمين يقبل الحراسة , يختاره المحضر أو الحاجز , و إما بتكليف أحد رجال الإدارة المحلية بالحراسة مؤقتا إلى حين العثور على شخص يقبل تعيينه , هذا في مصر أما في الجزائر , فالمحضر القضائي يرفع الأمر فورا إلى رئيس المحكمة ليقرر بأمر على عريضة إما بنقلها أو إيداعها عند حارس يختاره الحاجز أو المحضر القضائي , و إما بتعيين الحاجز أو المحجوز عليه حارسا (1).

و إذا كان الحارس موجود وقت الحجز سلمت له الأشياء المحجوزة في مكان تواجدها و يوقع على محضر الجرد و يستلم نسخة منه , إما إذا كان غائبا أو عين فيما بعد وجب على المحضر القضائي إعادة الجرد أمامه ثم يوقع على محضر الجرد و يستلم نسخة منه , و هذا ما نصت عليه المادة 698 ق.إ.م.إ : ( إذا كان الحارس موجودا وقت الحجز , و سلمت له الأشياء المحجوزة في مكان حجزها و يوقع على محضر الجرد و تسلم نسخة منه , أما إذا كان غائبا أو عين فيما بعد وجب إعادة الجرد أمامه ثم يوقع باستلامه , و يعد ذلك بمثابة تبليغ ببدء الحراسة , أما في مصر وجب على المحضر القائم بالتنفيذ أن يسلم محضر الحجز في اليوم ذاته إلى جهة الإدارة , و أن يخطر الحارس بذلك خلال 24 ساعة بكتاب مسجل و هذا وفقا للمادة 366 مرافعات مصري.

**ب - <u>حقوق و واجبات الحارس القضائي</u> :** إذا الشخص الحارس غير الحاجز أو المحجوز عليه استحق أجرا عن حراسته , و يكون لهذا الأجر امتياز المصروفات القضائية على الأموال المحجوزة و يقدر أجر الحارس بأمر على عريضة من رئيس المحكمة , أو بأمر من قاضي التنفيذ في مصر (المادة 2/698 ق.إ.م.إ , تقابلها المـادة 367 من قانـون المرافعات المصري ) , و في هـذه الحالة , أي حالة

---

(1) – راجع د / عبد الحميد المنشاوي ، المرجع السابق ، ص 607 .
– و راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 190 .

تقاضي أجر , فلا يجوز له أن يستعمل الأشياء المحجوزة أو أن يستغلها أو يعيرها لغيره لاستعمالها على سبيل عارية الاستعمال , على أنه إذا كان هو المالك أو صاحب حق الانتفاع فله أن يستعملها فيما خصصت له ( المادة 2/699 ق.إ.م.إ تقابلها المادة 368 مرافعات مصري ) .

و إذا كان الحجز على حيوانات أو أدوات لازمة لإدارة أو استغلال أرض أو مصنع أو مؤسسة أخرى أو غيرها , يمكن لذوي الشأن ( الحاجز أو المحجوز عليه ) أن يطلبوا من رئيس المحكمة استصدار أمر يسمح للحارس باستغلال الأموال إذا كان في ذلك تحقيق زيادة في قيمة الحجز ( المادة 3/699 ق.إ.م.إ.ج التي تقابلها المادة 368 مرافعات مصري ) .

**ج - <u>مسؤولية الحارس</u> :** تقع على الحارس مسؤولية الحفاظ على المال المحجوز لديه , و بالتالي في حالة هلاكه لأي سبب كالتخلي أو التبديد أو الاختلاس أو غيره , فإنه تترتب على الحارس مسؤولية جزائية و مسؤولية مدنية , و تتمثل فيما يلي :

**1 - <u>المسؤولية الجزائية</u>** : وضع المشرع حماية جزائية للمال المحجوز من الاختلاس أو التبديد حتى و لو كان المبدد أو المختلس هو المالك لهذا المال , و الغرض من الحماية ليس حماية الملكية , و إنما حماية المال المحجوز متى كان الحجز لازال قائما , فالمسؤولية الجنائية لحارس الأشياء المحجوزة تعد من أقوى الوسائل القانونية للمحافظة على الأشياء المحجوزة و أكثرها فاعلية , لما ينطوي عليه الجزاء الجنائي بطبيعته من قوة الردع و الزجر , و إعمال المسؤولية الجنائية في هذا المقام يخضع لمبدأ الشرعية , إذ لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص قانوني [(1)].

و بالرجوع إلى نص المادة 702 ق.إ.م.إ تحدد الحالات التي تعتبر جريمة من الجرائم المتعلقة بالأموال المحجوزة و هي الحالات الأتي ذكرها :

*– حالة تبديد أو ضياع للأموال المحجوزة .

*– حالة التخلي عنها للغير بدون إذن من القضاء.

*– حالة التعمد في عدم إظهار صورة من محضر الحجز السابق.

* – حالة استغلال الحارس و استعماله للأموال , و هو ممنوع من القيام بذلك .

*– حالة الأعمال المادية المضرة بالحاجز.

---

(1) – راجع أ / علي بداوي ، الحجز التحفظي ، مقال منشور في المجلة القضائية ، مجلة صادرة عن المحكمة العليا ، العدد الأول سنة 1996 ، الناشر الديوان الوطني للأشغال التربوية ، طبعة 1998 ، الجزائر، ص 37 .

– و في هذا الشأن أيضا راجع المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري .

و بالرجوع أيضا إلى نص المادة 364 من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على معاقبة المحجوز عليه الذي يختلس و يبدد الأشياء المحجوزة و الموضوعة تحت حراسته , من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 500 دج إلى 5000 دج , و نفس العقوبة مقررة في حالة الشروع في الاختلاس أو التبديد , و تكون العقوبة من سنتين إلى خمس سنوات و الغرامة من 1000 إلى 10000 دج إذا كانت الأشياء المحجوزة مسلمة إلى الغير لحراستها , كما نصت المادة 365 من قانون العقوبات على عقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات و الغرامة من 1000 إلى 10000 دج لكل من أخفى عمدا الأشياء المحجوزة , و عليه فالعقوبة الجزائية مقررة لكل من يبدد المال المحجوز أو يخفيه , إما عن طريق بيعه أو إتلافه أو تهريبه , أو أي عمل مادي من شأنه عرقلة التنفيذ على الأشياء المحجوزة حجزا تحفظيا (1).

و المقصود "بالإتلاف " هو تحطيم المال إلى درجة تجعله غير صالح تماما للاستعمال , و يقابله في النص باللغة الفرنسية مصطلح détruire , و هو يختلف بذلك عن التخريب dégrader , بمعنى جعل المال غير صالح للاستعمال بصورة مؤقتة إلى حين خضوعه للترميمات اللازمة وفقا لما يقتضيه الحال و الإتلاف تصرف مادي يستوجب المتابعة الجزائية مهما كانت الوسيلة المستعملة في ارتكاب الجريمة ما عدا اللجوء إلى الحريق , حيث نكون بصدد تجريم مستقل , أما التبديد détourner فهو كل تصرف من الشخص المؤتمن في المال عليه من دون وجه حق , إما باستهلاكه أو تمكين الغير منه سواء وقع التبديد على الشيء كله أو جزء منه , كما يحتمل التبديد معنى الإسراف و التبذير , أما مجرد استعمال الشيء فلا يعد تبديدا إذا ورد لمجرد المنفعة فقط (2).

**و في مصر** فقد نصت المادة 333 من قانون العقوبات المصري على أنه : ( من اختلس الأشياء المحجوز عليها قضائيا أو إداريا يعتبر في حكم السرقة و لو كان حاصلا من مالكها ) , و هذه المادة قررت ما يمكن تسميته بالسرقة الحكمية , أما الاختلاس فهو يتحقق بكل سلوك من شأنه عرقلة التنفيذ على الأشياء المحجوزة بعدم تقديمها يوم البيع , و يجب أن يكون القصد الجنائي في هذه الجرائم قصدا خاصا , و هو نية عرقلة التنفيذ (3).

---

(1) – راجع د , علي بداوي ، المرجع السابق ، ص 38 .

(2) – راجع أ / محمد صبحي نجم ، شرح قانون العقوبات الجزائري ( القسم الخاص ) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر طبعة 2000 ، ص 163.

(3) – جاء في قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 10/31/ 1962 و المنشور في مجلة المحاماة المصرية ، ما يلي : (تتم جريمة اختلاس الأشياء المحجوزة بمجرد عدم تقديم الحارس الأشياء إلى المكلف ببيعها في اليوم المحدد بقصد عرقلة التنفيذ و ذلك لما ينطوي عليه هذا الفعل من الإضرار بمصلحة الدائن الحاجز و من مخالفة لواجب الاحترام لأوامر السلطة التي أوقعته ولا يعفيه من العقاب احتجاجه بأن الشيء المحجوز مملوك لأخر , إذ كان يجب عليه بعد توقيع الحجز أن يمتنع عن تسليمه لمالكه حتى يقضي بهذا من الجهة المختصة بإلغاء الحجز ) .

**2 - <u>المسؤولية المدنية</u>** : لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أحكام خاصة تتعلق بالمسؤولية المدنية للحارس , و لكنه من نافلة القول أن نقول أن هذه المسؤولية لا يمكن أن تكون مسؤولية عقدية إذ أن الحارس لا يرتبط بأي عقد من أي نوع كان , سواء في علاقته بالحاجز أو المحجوز عليه , و لذلك ليس صحيحا اعتباره وكيلا عن أيهما , و بالتالي فلا شك في أن مسؤولية الحارس عما يقع منه من أخطاء تصيب أطراف التنفيذ بضرر يستحق عنه التعويض إنما هي مسؤولية تقصيرية تخضع للقواعد العامة في القانون المدني [1].

و بالإضافة إلى مسؤوليته عن أعماله الشخصية , فإنه يخضع لقواعد المسؤولية الناشئة عن الأشياء ( المادة 134 من القانون المدني , تقابلها المادة 178 من القانون المدني المصري , و المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي ) , فضلا عن ذلك فهو يخضع لقواعد مسؤولية حارس الحيوان إذا كان محل الحجز والحراسة حيوانا , و أصاب الغير بضرر , و ذلك إعمالا للمادة 184 مدني جزائري تقابلها المادة 176 مدني مصري , و المادة 1385 مدني فرنسي ) [2].

**د - <u>انتهاء الحراسة</u> :** الأصل أن يظل الحارس في أداء مهمته إلى اللحظة التي تنتهي , و تنتهي الحراسة إما بنهاية طبيعية ببلوغ الغاية , أو بنهاية غير طبيعية قبل تحقق ذلك .

فأما النهاية الطبيعية فتكون بزوال الحجز , إما بالبيع أو بدون بيع لسقوطه أو بطلانه أو التنازل عنه , أما النهاية غير الطبيعية للحجز و الحراسة قبل بلوغ غايته فتكون بعزل الحارس أو استبداله بأمر من القضاء و تنتهي الحراسة بوفاة الحارس أو مرضه أو عجزه , إذ لا يحل الورثة محله في هذا المركز أما فيما يخص إعفاء الحارس من الحراسة , فلا يجوز إعفاءه من الحراسة قبل اليوم المحدد للبيع إلا لأسباب توجب ذلك , حيث تنص المادة 369 مرافعات مصري : ( لا يجوز للحارس أن يطلب إعفاءه من الحراسة قبل اليوم المحدد للبيع إلا لأسباب توجب ذلك ، و يرفع هذا الطلب بتكليف المحجوز عليه و الحاجز الحضور أمام قاضي التنفيذ بميعاد يوم واحد , و لا يجوز الطعن في الحكم الذي يصدر ) [3].

**و في الجزائر** لا يوجد حكم خاص ينظم ذلك , و لكننا نرى أن للحارس أن يطلب إعفائه من الحراسة من المحضر القضائي ما دام لا يوجد نص يمنعه من ذلك , و على المحضر القضائي أن يعلم رئيس المحكمة المختص ليقرر بأمر على عريضة إما بنقلها أو إيداعها عند حارس يختاره من جديد

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 382–383 .

(2) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , المسؤولية الناشئة عن الأشياء و عن الحيوان نظرية الإلتزام , الجزء الأول , ص 528 .

(3) – راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 184 .

الحاجز أو المحضر القضائي , و إما بتعيين الحاجز أو المحجوز عليه مؤقتا كحارس , وهذا الحكم يمكن استخلاصه من نص المادة 3/697 ق.إ.م.إ التي تنظم أحكام تعيين الحارس , وبما أن الحارس الأول قد تخلى عن حراسته و لا يوجد نص قانوني يسد هذا الفراغ , و في اعتقادنا أنه يمكن الرجوع إلى تطبيق الفقرة الثالثة من نص المادة 697 – السالفة الذكر – كحل لهذه الحالة .

## المبحث الرابع

## الصور الخاصة للحجز التحفظي

يتضمن الحجز التحفظي صورا مختلفة , تمكن الدائن من التحفظ على أموال مدينه و هذا بحسب طبيعة أو نوع العلاقة بينهما , و كذلك بحسب طبيعة الدين , و قد كان القانون الفرنسي والقانون المصري يحدد الحالات التي يجب فيها الحجز تحفظيا على سبيل الحصر , إلا أنهما عدلا عن هذا الاتجاه و أصبحا يقرران قاعدة عامة في الحجز التحفظي , وهي كلما كان حق الدائن مهدد بالضياع يمكنه اللجوء إلى توقيع الحجز التحفظي على أموال مدينه , و بالإضافة إلى هذه القاعدة العامة , هناك صور خاصة للحجز التحفظي كالحجز على منقولات المدين المتنقل و الحجز الإستحقاقي و الحجز على منقولات المستأجر و غيرها من صور الحجوز التحفظية .

و لا شك في أن قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 قد تضمن هذه الصور من الحجوز التحفظية متأثرا بالقانون الفرنسي و القانون المصري , و هو نفس الاتجاه الذي أخذ به قانون الإجراءات المدنية و الإدارية , إلا أن هذا الأخير قام بتعديل بعض صور الحجز التحفظي و سد الفراغ كما استحدث صور جديدة لم يعرفها من قبل , فقد تضمنت المادة 650 تنظيم أحكام الحجز التحفظي على السلع و النماذج المقلدة , كما تضمنت المادة 651 من نفس القانون الحجز التحفظي على القاعدة التجارية , باعتبارها من الأموال التي يمكن توقيع الحجز عليها , و بالإضافة إلى هذا فقد نظم المشرع الجزائري نوعا جديدا من الحجوز التحفظية , و هو الحجز التحفظي على عقارات المدين بموجب المادة 652 من نفس القانون .

و بالنسبة للتشريع المصري فقد تضمن قانون المرافعات المصري الصور العامة للحجز التحفظي و قد كان القانون المصري يحدد مجالات الحجز التحفظي على سبيل الحصر في القانون القديم , و في ظل قانون المرافعات فقد أدرج المشرع المصري حكما عاما , و مقتضاه أنه يمكن توقيع الحجز التحفظي

في كل حالة يخشى فيها الدائن فقدان الضمان العام , و هذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من نص المادة 316 : " و في كل حالة يخشى فيها فقد الدائن لضمان حقه ", و أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فنجده أكثر تنظيما و تنوعا لصور الحجز التحفظي منها على سبيل المثال الحجز على المركبات و السيارات و غيرها من صور الحجز التحفظي .

وعليه سنحاول التطرق إلى الصور الخاصة للحجز التحفظي سواء ما جاء ذكرها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية , أو النصوص القانونية الأخرى **في المطالب التالية** :

## المطلب الأول
## الحجز التحفظي على القاعدة التجارية و على منقولات المدين المتنقل

لقد أشرنا سابقا – أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد حافظ على العديد من صور الحجز المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية القديم , كما استحدث صورا جديدة للحجز التحفظي , و عدل بعض الصور التي كان يشوبها نقص أو غموض , و منه وبصدد الحجز التحفظي على القاعدة التجارية و الحجز التحفظي على منقولات المدين المتنقل , يمكننا القول أن المشرع الجزائري قد استحدث تغييرا جذريا فيما يخص الحجز التحفظي على القاعدة التجارية بعدما كان ينص القانون القديم على إجراء قيد رهن قضائي على تجارة المدين .

و قد أثار هذا النوع من الحجوز خلافا فقهيا بين الفقهاء الفرنسيين , فالبعض لا يصنفه من قبيل الحجوز التحفظية , و إنما يصنفه ضمن التأمينات العينية لأنه يتضمن إجراءات يأمن من خلالها الدائن على دينه من خلال قيد رهن قضائي على تجارة المدين , بينما ذهب البعض الأخر باعتباره من قبيل الحجوز التحفظية , ذلك أن المشرع الفرنسي نص عليه ضمن أحكام الحجوز التحفظية .

و بالرجوع إلى نص المادة 2/67 من القانون الصادر بتاريخ 09 جويلية 1991 حيث نصت على ما يلي : ( الإجراءات التحفظية تأخذ شكل الحجز التحفظي أو التأمين القضائي ) .

و عليه فالمشرع الجزائري في تعديله لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد قد عدل من أحكام هذا النوع الحجوز التحفظية , وألغى أحكام قيد رهن قضائي على تجارة المدين , و استبداله بالحجز التحفظي

على تجارة المدين , وحسب رأيينا أن المشرع أراد أن يتجنب هذا الجدل في تكييف هذا الإجراء بالإضافة إلى تسهيل الإجراءات على الدائن , عكس الإجراء القديم الذي كان يتسم بالطول والتعقيد [(1)].

و أما فيما يخص الحجز التحفظي على منقولات المدين المتنقل , فقد احتفظ به المشرع الجزائري و لم يطرأ عليه أي تغيير , و منه سنحاول التطرق إلى هذين النوعين من الحجوز **التحفظية في الفرعين التاليين** .

## الفرع الأول

## الحجز التحفظي على القاعدة التجارية

لقد تضمنت المادة 347 الفقرة الأولى و الثانية على أنه يجوز للدائن الذي بيده سند أو مسوغات ظاهرة أن يطلب من القاضي فضلا عن الحجز التحفظي الإذن بقيد رهن حيازي على محل تجارة مدينه حيث نصت المادة السالفة الذكر في فقرتها الأولى على : ( يجوز للدائن الحجز تحفظيا على المنقولات إذا كان حاملا لسند أو كان لدينه مسوغات ظاهرة , و يجوز له أيضا في إحدى هاتين الحالتين أن يستصدر إذنا بقيد رهن حيازي على محل تجارة المدين ) .

و هذا الإجراء في حقيقته أشبه بالرهن الرسمي إذ لا تنتقل فيه الحيازة إلى الدائن المرتهن بل تبقى للمدين الراهن , و هذا رغم تسميته بالرهن الحيازي [(2)].

و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 , و بعد التعديل أبقى المشرع الجزائري على صورة الحجز التحفظي على تجارة المدين , لكنه أدخل تعديلات على هذه الصورة نذكر منها :

– النص صراحة على أن الحجز يقع على القاعدة التجارية بدلا من تجارة المدين , و هذا المصطلح غير واضح و مبهم , و بالتالي أزال المشرع الجزائري هذا الغموض , و بالرجوع إلى نص المادة 78 من الأمر رقم 75–59 المؤرخ في 20 رمضان لعام 1395 الموافق لـ28 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري : ( تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملائه و شهرته , كما يشمل سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل

---

- Marianne Dickstein , guide pratique du recouvrement de créances en Belgique et a l'étranger (1) .édition anthimis , 2eme édition 2009 , p 208
– et voir Claude Brenner , op-cit , p 85 .
– et aussi Roger Perrot – Philippe Théry , op-cit , p 766 .

(2) – راجع د / محمد حسنين ، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 1996 الجزائر ص 155 .

التجاري كعنوان المحل , و الاسم التجاري و الحق في الإيجار و المعدات و الآلات و البضائع و حق الملكية الصناعية والتجارية كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك ) .

– ألغى المشرع الجزائري قيد الرهن الحيازي على اعتبار أن الحجز التحفظي يشكل في حد ذاته ضمانة كافية للدائن للتحفظ على أموال المدين , و كذلك تخفيفا و تيسيرا على أطراف التنفيذ , بحيث أن إجراء القيد يستغرق وقتا طويلا , و الدائن الحاجز هو في عجلة من أمره لكي يضمن حقه , وكذلك استحدث المشرع الجزائري إجراءا جديدا و المتمثل في ضرورة قيد الحجز خلال 15 يوما من تاريخ صدوره بالإدارة المكلفة بالسجل التجاري , و إعلان هذا الإجراء في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية , و يعتبر هذا النشر دعامة إعلامية إشهاري تتضمن كل المعلومات الخاصة بالنشاط التجاري كما أن عملية النشر في هذه الدعامة تحمل طابعا إلزاميا بمقتضى أحكام القانون التجاري و القانون رقم 04–08 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة النشاطات التجارية , و كذا المرسوم التنفيذي رقم 92–70 المؤرخ في 18 فيفري 1992 المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية التي توجب على كل شخص طبيعي أو اعتباري القيام بنشر كافة المعلومات ذات الطابع الرسمي حتى يتمكن المتعاملون الاقتصاديون و الغير الإطلاع عليها [(1)].

و أما بالنسبة لتوقيع الحجز التحفظي على القاعدة التجارية فهو لا يختلف عن الحجز التحفظي على المدين إذ يستوجب القانون ضرورة استصدار أمر من القضاء و انتقال المحضر إلى مكان تواجد الأموال و الحجز عليها و القيام بجردها , و من ثم إبلاغ المحجوز عليه و تعيينه حارسا إن اقتضى الحال و قيد الحجز لدى مصلحة السجل التجاري , و نشر هذا القيد في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية بالإضافة إلى المبادرة برفع دعوى لتثبيت الحجز , و نشير في هذا الصدد أن المادة 651 ق.إ.م.إ لم تنص على ذلك صراحة , لكنه بالرجوع إلى نص المادة 662 من نفس القانون التي تنص على وجوب رفع دعوى لتثبيت الحجز خلال 15 يوم من صدور أمر الحجز , و إلا كان هذا الأخير و الإجراءات التالية له باطلين .

**و في مصر** فلم ينظم المشرع المصري صورة الحجز التحفظي على القاعدة التجارية , على عكس المشرع الفرنسي الذي نص عليه صراحة في القانون الصادر سنة 1955 , و أكد عليه بموجب القانون الصادر في 09 جويلية 1991 , تحت الباب الثالث بعنوان التأمينات القضائية , حيث يمكن للدائن الذي بيده سند يسمح القانون به القانون لاتخــاذ إجراء احتياطي , أو بتقديم إذن مــن القضاء , وتم توقيع هـذا الإجراء على عمــارة , محل تجاري , حصص اجتماعية أو قيم عقارية ملك للمدين , ويتم توقيع الإجــراء

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 167 .

التحفظي بتسجيل مؤقت للرهن على المحل التجاري , و يتم هذا الإجراء بإيداع بكتابة ضبط المحكمة التجارية لإرساليتين من ورق عادي تتضمن بيانات تتعلق بالدائن و المدين و مبلغ الدين (1).

و عليه فالتأمينات القضائية يمكن قيدها سواء بتقديم الإذن القضائي أو بسند يمكن بموجبه اتخاذ إجراء تحفظي , و هذه الصيغة على خلاف القواعد السابقة , ذلك أن المصلحة القصوى للدائن بتمكينه من قيد – تسجيل– تأمين دون اللجوء إلى استصدار إذن من القاضي خاصة إذا كان بحوزته سفتجة تم قبولها أو سند أمر أو شيك , أو إذا كان يبحث عن ضمان أجرة غير مدفوعة بموجب عقد إيجار مكتوب أو أن يحتج بحكم قضائي لم يكتسي قوة الشيء المقضي به (2).

و كما في الماضي فإن نفاذ الإجراءات التحفظية مقرونة باتخاذ شكليات الشهر المؤقت كإجراء أولي ثم يليها تحت طائلة البطلان , وجوب الشهر النهائي , و يتم القيد خلال ثلاثة 03 أشهر إذا كان بموجب إذن من القاضي , و يتم القيد القضائي على المحل التجاري , بإيداع إرساليتين عاديتين( deux bordereaux ) – كما سبق ذكره – بكتابة ضبط المحكمة التجارية التي يوجد في دائرة اختصاصها المحل لتجاري , ثم يلي هذا إبلاغ المدين في أجل ثمانية أيام تحت طائلة سقوط هذا الإجراء , ثم ترفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة بطلب تثبيت هذا القيد (3).

**و أما في مصر** فلم ينظم المشرع المصري الحجز التحفظي على القاعدة التجارية , و بالتالي فقد أورد القاعدة العامة للحجز مع بعض الصور الخاصة للحجز دون الحجز التحفظي على تجارة المدين .

---

(1) - Claude Brenner , op-cit , p 85 , Roger Perrot- Philippe Théry , op-cit , p 765 ,

(2) – راجع / القروي بشر سرحان ، المرجع السابق ، ص 62–63 .

(3) - Roland tendler , les voies d’exécution , série élises , édition marketing S A 1990 , p 161 , Claude Brenner , op-cit, p 85 .

## الفرع الثاني

## الحجز التحفظي على منقولا المدين المتنقل

لقد احتفظ المشرع الجزائري بهذه الصورة من صور الحجز التحفظي , حيث تضمنت المادة 657 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نفس مضمون المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 , مع بعض التعديلات في الصياغة , حيث تنص المادة 657 ق.إ.م.إ : ( يجوز للدائن سواء كان بيده سند أم لا , أن يحجز تحفظيا على منقولات مدينه المتنقل الموجودة في المنطقة التي يقيم فيها الدائن .

و إذا كانت المنقولات المحجوزة تحت يد الدائن , عين حارسا عليها , و إلا يعين غيره حارسا عليها بناء على طلب منه ).

و لقد أجاز المشرع الجزائري للدائن سواء كان بيده سند أو لم يكن بيده سند , توقيع حجز تحفظي على منقولات مدينه المتنقل , le débiteur forain الذي ليس له موطن أو محل إقامة ثابت متى كانت هذه المنقولات موجودة في المنطقة التي يقيم فيها الدائن , و هنا قد حل شرط أخر محل شرط الخطر الذي يهدد الضمن العام , و هو كون المدين متنقلا فكلاهما يؤديان إلى تهديد الضمان العام الذي للدائن على أمواله .

و يمكن تعريف "المدين المتنقل " هو كل شخص مدين بمبلغ من النقود , و ليس له موطن مستقر أو محل إقامة ثابت , إلا أن هذا التعريف لا يمكنه تقبله بسهولة , على اعتبار أن مصطلح المدين المتنقل يحدث نوع من الاختلاف في مفهومه , **فهل يدل هذا الحجز على أن المدين المتنقل هو الشخص الذي ليس له موطن مستقر , أو تدل على الشخص الذي ليس له محل إقامة ثابت في البلدية التي يقيم فيها الدائن أين يمكن توقيع الحجز فيها ؟**

و من البديهي أن التفسير الثاني لمصطلح المدين المتنقل أكثر شيوعا من الأولى , فالحجز على المدين المتنقل يمكن توقيعه على كل مدين أجنبي عن المنطقة التي يقيم فيها الدائن رغم أن له موطن مستقر و معروف في منطقة أخرى , و هذا هو رأي القضاء الفرنسي , كما أنه يتوافق مع أعراف القوانين القديمة و اشتقاق ( étymologie) مصطلح المدين المتنقل ( foras-dehors ) , و بالتالي فيكفي أن يكون المدين خارج المنطقة التي يقيم فيها الدائن لاعتبار المدين المتنقل (1).

(1) – راجع / القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 65 .

و فكرة الحجز على منقولات المدين المتنقل تعود إلى الضمان الخاص لديون سكان المدن للأجانب المسافرين من أجل خدمة إقامة هؤلاء و ضمان حركية المصالح , و قد برزت أكثر أهمية هذا الحجز في مواسم المعارض الكبرى , و قد تساهل المشرع في هذه الحالة مع الدائن الحاجز إذ أنه لا يشترط أن يكون هذا الأخير حاملا لسند مكتوب , كما أنه ليس هناك أي إلزام مسبق [1].

و بالتالي فعلى الدائن أن يطلب استصدار إذن من القضاء وفق الشروط و الشكليات التي سبق ذكرها لتوقيع الحجز على مدينه المتنقل و يختص بإصدار أمر الحجز رئيس محكمة مقر الأموال المطلوب حجزها و ليس موطن المدين , و يتم الحجز وفق الإجراءات المعتادة في الحجوز , إذ ينتقل المحضر القضائي إلى مكان تواجد المنقولات المراد فيقوم بتحرير محضر حجز و جرد للمنقولات ويعين الدائن حارسا عليها أو يعين غيره حارسا عليها و هذا بناءا على طلب الدائن [2].

## المطلب الثاني
## الحجز التحفظي على أموال المستأجر و الحجز الإستحقاقي

قد يستدعي الأمر على مالك المنقولات أو صاحب الحق العيني إلى أن يبادر إلى الحجز على هذه الأموال إلى حين رفع دعوى قضائية بغرض استردادها , إذن فالحجز الإستحقاقي نوع من الإجراءات الاحتياطية يهدف إلى حماية حق الملكية أو الحق العيني التبعي الذي يخول لصاحبه حق التتبع كالامتياز و الرهن عندما يخرج محل الحق عن حيازته بهدف إعادة الحيازة إليه [3].

كما يجوز للمؤجر أن يحجز تحفظيا على أموال المستأجر ضمانا للوفاء بالأجرة , و هذه الصور من الحجوز التحفظية نص عليها المشرع الجزائري , فقد خول القانون المدني للمؤجر حق امتياز على الأموال

---

(1) - Paule cuche et jean Vincent , voies d'exécution , , 9éme édition, Dalloz , 1970 , p 121 .

(2) – يشير الدكتور بربارة عبد الرحمان أن الاختصاص بإصدار الأمر يرجع لمحكمة موطن الدائن ، و نرى أن الأصح و الأدق هو اختصاص محكمة مقر الأموال المطلوب حجزها ، و لو أنه عادة ما يكون موطن الدائن هو نفس المكان الذي تتواجد فيه الأموال المراد حجزها إلا أنه قد يحدث أن يختلف موطن الدائن عن مكان تواجد هذه المنقولات ، و عليه فمن الأدق القول باختصاص مكان تواجد المنقولات المراد حجزها .

– راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 170 .

– للمزيد راجع د / محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 186 .

– و راجع أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 475 .

(3) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 287 .

– و راجع أيضا د / عبد العزيز خليل إبراهيم بديوي ، المرجع السابق ، ص 325 .

المنقولة للمستأجر حيث نصت المادة 501 / 1 مدني جزائري على : " يحق للمؤجر ضمانا لحقوقه الناشئة عن الإيجار , أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة ما دامت مثقلة بامتياز المؤجر , و لو لم تكن مملوكة للمستأجر " , و تقابل هذه المادة في القانون المصري نص المادة 1143 مدني مصري .

و عليه فقد قرر القانون المدني حق امتياز للمؤجر لتوقيع الحجز التحفظي على المنقولات الموجودة داخل العين المؤجرة ضمانا لدين الأجرة , أو أي حق أخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار كمصروفات المطالبة بالأجرة , و التعويضات المستحقة عن سوء استعمال العين المؤجرة أو إتلافها أو عدم وفاء المستأجر بأحد التزاماته .

و أما بالنسبة " للحجز الإستحقاقي " , فهو الحجز الذي يوقعه مالك المنقولات عليها تحت يد حائزها إلى أن يرفع الدعوى باستردادها , و الغرض من الحجز في هذه الحالة ضبط الأشياء المملوكة للحاجز لمنع حائزها من التصرف فيها تصرفا قد يمنع صاحبها من استردادها إذا ما حكم له بعد ذلك بملكيتها فالحجز الإستحقاقي نتيجة لما للمالك من الحق في تتبع منقولاته تحت يد حائزها , و لذلك يمتنع الحجز كلما امتنع على المالك أن يتتبع العين بسبب ترتيب حق للغير يمكن الاحتجاج به في مواجهة المالك كما إذا كان للغير أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية .

و عليه و على غرار المشرع المصري و المشرع الفرنسي فقد نظم المشرع الجزائري صورة الحجز التحفظي على منقولات المدين المستأجر , كما نظم أحكام الحجز الإستحقاقي , و هذا ما سنحاول استعراضه من خلال الفروع التالية , الفرع الأول سنخصصه للحجز التحفظي على أموال المستأجر و الفرع الثاني للحجز الإستحقاقي .

## الفرع الأول
## الحجز التحفظي على أموال المستأجر

يخول هذا انوع من الحجز مؤجري المباني السكنية و الزراعية , إمكانية توقيع حجز تحفظي على المنقولات و الأثاث و الثمار الموجودة داخل هذه العقارات , وفاءا للأجرة المستحقة عن إيجارها باعتبار الحجز يشكل إحدى الضمانات المقررة لاستيفاء المستحقات , إذا لم يقم المستأجر بدفع بدل الإيجار فالمؤجر يتمتع بحق أولوية في الحصول على ديونه الناجمة عن استعمال تلك العقارات [1].

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، 168 .

و يخضع الحجز التحفظي على أموال المستأجر لنوعين من النصوص القانونية , أولها إجرائية حيث نص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد على هذه الصورة من صور الحجز التحفظي وذلك بموجب المواد 653 إلى المادة 656 , أما في مصر فقد نصت المادة 317 مرافعات مصري على هذا لنوع من الحجوز , و في فرنسا فقد نصت عليها المواد 67 من القانون الصادر في 09 جويلية 1991 بالإضافة إلى نصوص القانون المدني المصري و الفرنسي .

و أما فيما يخص القواعد الموضوعية نجد أن القانون المدني الجزائري قد قرر حق امتياز للمؤجر على منقولات المدين المستأجر , فقد نصت المادة 501 من القانون المدني الجزائري : ( يحق للمؤجر ضمانا لحقوقه الناشئة عن الإيجار , أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة ما دامت مثقل بامتياز المؤجر , و لو لم تكن مملوكة للمستأجر ) .

و تنص المادة 1/995 من نفس القانون : ( يكون لأجرة المباني والأراضي , والأراضي الزراعية لسنتين أو لكامل مدة الإيجار إن قلت عن ذلك , و كل حق أخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار امتياز على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة و مملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز و من محصول زراعي ) و تقابل هذه المواد في القانون المدني المصري , المادة 1143 الفقرات 1 و2 و3 و4 و5 في القانون الفرنسي .

و عليه فنصوص القانون المدني و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تكمل بعضها البعض في هذا الصدد , فالمادة 501 من القانون المدني تنص عن " الحق في الحبس droit de rétention " الذي للمؤجر على منقولات المستأجر الموجودة في الأمكنة المؤجرة ضمانا لحقوقه الثابتة من عقد الإيجار و تتكلم المادة 1/995 من نفس القانون عن حق الامتياز الذي يمنحه القانون للمؤجر للحقوق الناشئة عن عقد الإيجار [1].

و لم يكتف المشرع بإعطاء المؤجر حق امتياز على منقولات المستأجر و حقا في حبس هذه المنقولات , بل دعم هذين الحقين بحق ثالث و هو توقيع الحجز التحفظي على هذه المنقولات , وبفضل هذا الحجز يستطيع المؤجر أن يجعل حقه في الحبس منتجا , إذ يمنع به المستأجر من إخراج منقولاته من العين المؤجرة أو يستردها إذا أخرجت منها , و بفضله أيضا يستطيع المؤجر أن يجعل حق الامتياز منتجا , إذ لولاه لا استطاع المستأجر أن يتصرف في المنقولات للحائز حسن النية فيمتلكها ويضيع بذلك على المؤجر حق امتيازه , أما بعد الحجز فلا يجوز للحائز حسن النية أن يحتج بحقه على المؤجر , و يستطيع المؤجر أن يوقع الحجز على المنقولات سواء كانت موجودة في العين المؤجرة

(1) – راجع د / محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 161 .

و هذا ما يسمى بحجز منقولات المستأجر و هذا الحجز كغيره من الحجوز **يشترط لتوقيعه شروط معينة و هي** [1] :

**1 – يشترط في الدائن أن يكون حائزا للعقار مالكا له** , أو صاحب حق انتفاع حتى و لو لم يكن مالكا له كأن يكون مستأجرا أصليا و أجر العقار من الباطن , إذن فيترتب الحق في الحجز بين المؤجر طالب الحجز و المستأجر المحجوز عليه , على علاقة إيجار سواء كان العقار مبنيا أو محل للتجارة أو أرض زراعية [2].

**2 – يشترط في المحجوز عليه أن يكون مستأجرا بعقد إيجار صحيح و قائم وقت إجراء الحجز** , فلا يجوز الحجز على غاصب العقار الذي لا تربطه بمالكه أو صاحب الحق في الانتفاع به رابطة المستأجر بالمؤجر , و لا يهم إذا كان الإيجار شفوي أو مكتوب [3].

و عليه يحق للدائن المؤجر الحجز على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة , بل و له أن يحجز على الثمار , وهذا ضمانا للأجرة المقررة له و الناتجة عن عقد الإيجار , والتي يملك هذا الأخير حق لامتياز عليها و على كل ما ينتج من عقد الإيجار من تكاليف , وسواء كانت هذه المنقولات مملوكة للمستأجر أو مملوكة للغير , إلا إذا أثبت المستأجر أن المؤجر كان يعلم وقت وضع المنقولات في العين المؤجرة بأنها كانت مملوكة للغير أو لم يكن في إمكانه أن يعلم بذلك , إذ تنص المادة 2/995 : ( يثبت هذا الامتياز و لو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير , و لم يثبت المؤجر أنه كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ) [4].

و يقع الامتياز أيضا على المنقولات و المحصولات المملوكة للمستأجر الأصلي من الباطن , إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن , أما إذا كان المستأجر الأصلي غير ممنوع من التأجير من الباطن فإنه يجوز للمستأجر من الباطن أن يطلب رفع الحجز على منقولاته مع بقاء الحجز تحت يده على الأجرة , و هذا الطلب يعتبر بمثابة اعتراض على التنفيذ [5].

---

(1) – راجع د / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مجلد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، الإيجار والعارية , الطبعة الأولى ، دار النشر للجامعات المصرية ، مصر ، 1960 ، ص 548 .

(2) – راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 763 .

(3) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 594 .

– و راجع أيضا د / عبد الحميد المنشاوي ، ص 565 .

(4) – راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 763 .

(5) – راجع د / محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 163 .

– و راجع أيضا د / عبد العزيز خليل إبراهيم بديوي ، المرجع السابق ، ص 326 .

و يتم الحجز وفقا للإجراءات التي سبق ذكرها في توقيع الحجز , و ذلك بانتقال المحضر القضائي إلى أماكن تواجد هذه المنقولات , حيث يقوم هذا الأخير بتحرير محضر حجز و جرد للمنقولات المادية من أثاث و ثمار المستأجر الموجودة في العين المؤجرة , و يسبق هذا أن يقوم المؤجر بإعذار المستأجر بعقد شبه قضائي , ينذر فيه المستأجر بأداء ما في ذمته من أجرة مستحقة خلال مهلة شهر و في حالة عدم الامتثال يتولى المحضر القضائي القيام بإجراء الحجز , و يجب أن يتضمن محضر الحجز بيانا وافيا للأموال المحجوزة ، ثم يبلغ نسخة منه إلى المستأجر المحجوز عليه ويعينه حارسا عليها إلى حيث تثبيت الحجز أو رفعه .

و في حالة إذا لم يتمكن المؤجر من حبس المنقولات و الأثاث و الثمار الموجودة بالعين المؤجرة والمثقلة بامتياز المؤجر عليها على غير علم منه و لم يبقى في العين المؤجرة من أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة , بقي الامتياز قائما على هذه الأموال , فإذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية في سوق عام أو في مزاد علني , أو لمن يتاجر في مثلها وجب على المؤجر أن يدر الثمن إلى هذا المشتري (1).

**و أما في مصر** و كما سبقت الإشارة فقد نصت المادة 317 من القانون المدني على حق المؤجر في توقيع الحجز التحفظي على منقولات المستأجر حيث نصت على : ( يجوز لمؤجر العقار أن يوقع في مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظي على المنقولات و المحصولات الموجودة بالعين المؤجرة و ذلك ضمانا لحق الامتياز المقرر له قانونا .

و يجوز له أيضا إذا كانت تلك المنقولات و الثمرات و المحصولات قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة ما لم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوما ) .

وعليه يهدف هذا النوع من الحجز في التشريع المصري إلى حماية المؤجر من المخاطر التي يتعرض لها في استيفاء حقه المضمون نتيجة لمناورات المستأجر الذي قد يقوم بنقل منقولاته سرا لذلك أجاز القانون المصري توقيع هذا الحجز التحفظي حتى يمنع المدين من التصرف في المنقولات التي يرد عليها الامتياز الذي يمنحه القانون للمؤجر في المادة 1143 من القانون المدني المصري (2).

**و في فرنسا** , فإنه من المقرر إذا ترتب على نقل المنقولات أن أصبحت في حيازة الغير فلا يجوز توقيع حجز المؤجر عليها إلا بعد ردها إلى حيازة المستأجر بالحجز الإستحقاقي , أما إذا بقيت الأشياء في حوزته فالمسألة محل خلاف , فمن وجهة رأي البعض أنه يجب على المؤجر أن يوقع عليها حجز

---

(1) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ،ص 654 .

(2) – راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 497–498 .

الإستحقاقي ليردها إلى عقار المؤجر لأنها ما دامت قد خرجت من عقار المؤجر , فهي لم تعد في حيازته المادية و لو أنه ما زالت في حيازته القانونية , و لكن يميل الرأي الغالب في الفقه و القضاء بأنه ما دامت الأشياء نقلت من العقار المؤجر لا زالت في حيازة المستأجر فلا حاجة لتوقيع الحجز الإستحقاقي عليها .

و يمكن للمؤجر أن يوقع عليها حجز المجر , وللمسألة في القانون الفرنسي أهمية ترجع إلى اختلاف إجراءات الحجز الإستحقاقي عن إجراءات حجز المؤجر على الأشياء الموجودة في العين المؤجرة فالحجز الإستحقاقي لا يوقع إلا بإذن من القضاء بينما حجز المؤجر يوقع بغير إذن من القضاء .

## الفرع الثاني
## الحجز الاستحقاقي

**الحجز التحفظي الإستحقاقي** " هو حجز أجاز به القانون لمالك منقول معين أو صاحب حق عيني يخول له حق التتبع و الحجز عليه تحت يد حائزه ", و يسمى هذا الحجز استحقاقا لأنه يتم على المنقول بناءا على طلب مالكه بقصد حبسه و التحفظ عليه تحت يد القضاء , ليحول بين حائزه و التصرف فيه تصرفا يضر بحقوقه إلى أن يسترده , فهو إجراء عملي لاستعمال حق التتبع للمنقولات على مالكه (1).

**و عليه يمكن تعريف الحجز الإستحقاقي** بأنه " الحجز الذي يوقعه مالك المنقولات تحت يد حائزها إلى أن يرفع دعوى باستردادها , أو هو الحجز الذي يستهدف ضبط المحجوزات تمهيدا لتسلمها عينا باعتبار أن للحاجز حقا عينيا عليها " (2).

إن شرط هذا الحجز أن يكون الحاجز وقت توقيعه مالكا , و إلا امتنع توقيع الحجز فالغرض من الحجز في هذه الحالة هو ضبط الأشياء المملوكة للحاجز لمنع حائزها من التصرف , تصرفا قد يمنع صاحبها من استردادها إذا حكم له بعد ذلك بملكيتها (3).

فالحجز الإستحقاقي نتيجة لما للمالك من الحق في تتبع منقولاته تحت يد حائزها , لذلك يمتنع الحجز كلما امتنع على المالك أن يتتبع العين بسبب ترتيب حق للغير يمكن الاحتجاج به في مواجهة المالك.

---

(1) راجع د / عبد العزيز خليل إبراهيم بديوي ، المرجع السابق ، ص 329 .

– و راجع د / أحمد هنيدي ، المرجع السابق ، ص 303 .

(2)- voir Alfred Jauffret , op-cit , p 207 .

(1) – راجع د / محمد فهد الشقفة ، التدابير التحفظية في ضوء القانون و الاجتهاد ، طباعة مؤسسة النوري ، دمشق ، طبعة 1996 ص 98 .

كما إذا كان للغير أن يتمسك **بقاعدة "الحيازة في المنقول سند للملكية"** , و بيان الحالات التي يكون فيها للشخص حق التتبع , و تلك التي يمتنع فيها هذا الحق تحكمه قواعد القانون المدني .

و المناط من توقيع "الحجز الإستحقاقي" هو قيام حق طالب الحجز في تتبع المنقول تحت يد المطلوب الحجز عليه , فكلما قام هذا الحق جاز الحجز سواء كان طالبه مالكا , أو صاحب حق انتفاع أو صاحب حق في الحبس , و كلما انتفى الحق في التتبع طبقا لأحكام القانون المدني انتفى الحق في الحجز , كحالة حق الحائز في التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية (1).

و ينبني على هذا إذا تنازل المالك عن التمسك بملكية المنقول مكتفيا بصفته كدائن للمدين وطلب التنفيذ على المنقول لاستيفاء دينه من ثمنه , فلا يكون له الحق في توقيع الحجز الإستحقاقي (2).

و عليه فقد حكمت محكمة مصرية بأنه إذا تعهد صانع أن يقوم بصنع منقولات معينة على أن يقوم هو أيضا بشراء المواد الخام اللازمة لها , فإن الحجز الذي يوقعه من تعاقد مع الصانع على الأشياء بعد صنعها يكون باطلا لأن الحاجز لا يمتلك الأشياء موضوع الاتفاق إلا بعد تسليمها , فهو عند توقيع الحجز لم يكن مالكا , فحجزه يكون على غير أساس (3).

و نص القانون على جواز الحجز الإستحقاقي جاء خاصا بمالك المنقول , و لكن من المسلم أن الحجز الإستحقاقي جائز أيضا لكل صاحب حق على المنقول يخوله حق التتبع , كصاحب حق الانتفاع و الدائن صاحب حق الحبس , إذ تنص المادة 2/202 من القانون المدني الجزائري : ( غير أنه لحابس الشيء إذا خرج من يده بغير علمه أو بالرغم من معارضته أن يطلب استرداده إذا هو قام بهذا الطلب خلال مهلة ثلاثون يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده ما لم تنقضي سنة من وقت خروجه).

و عليه يتبين من النص المتقدم أن لصاحب حق الحبس أن يتتبع الشيء بالرغم من أن حقه لم يعد حقا عينيا بشرط أن يطلب استرداد الشيء في خلال الميعاد الذي حدده القانون , و قد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية تحت رقم 237711 الصادر بتاريخ 2000.02.23 : ( و المستفاد من أوراق الطعن أن قضاة المجلس لما قضوا بعدم قبول دعوى الطاعنين الرامية إلى استرداد الآلات على دفع الطاعنين المتعلق بعدم تبليغهم محضر الحجز , فإنهم لم يعطوا لقرارهم

---

(1) – راجع د / العربي الشحط عبد القادر – نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 124

– و راجع أيضا د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 856 .

(2) - راجع د / رمزي سيف ، نفس المرجع ، ص 597 .

(3) - حكم محكمة طنطة الجزئية ، منشور في مجلة المحاماة المصرية العدد الأول ، سنة 14 ، ص 57 ، و قد أشار إليه د / رمزي سيف ، في مرجعه السابق ، ص 596 ، و د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 539 .

التسبيب الوافي لتمكين المحكمة العليا من استعمال حق الرقابة مما يجعل القرار المطعون فيه مشوب بالقصور في التسبيب مما يعرضه للنقض ) [1].

و إذا أراد الدائن أن يوقع الحجز الإستحقاقي لضمان حقه في استرداد الشيء , وجب عليه إجراؤه في ميعاد الثلاثين يوما التي نص عليها القانون , و قبل انقضاء سنة من خروج الشيء من يده و إلا سقط حقه في الحجز الإستحقاقي , نتيجة سقوط حقه في استرداد الشيء , و من أجل المطالبة باسترداد الشيء و التي هي مسألة القانون المدني , فإن طرق الحجز الإستحقاقي هي نفسها في كل الحالات السالفة الذكر, و الدائن لابد له أن يستصدر إذن من القضاء , لأن واقعة الحجز تقع على شخص ليست له علاقة مع الحاجز , فلا يجوز توقيع الحجز إلا بإذن من القاضي بناءا على طلب يقدم إليه بعريضة مسببة و تعين فيها المنقولات المطلوب حجزها , حيث نصت المادة 658 ق.إ.م.إ : (يجوز لمالك المنقول أو من له حق الحبس عليه , قبل رفع دعوى استرداد المنقول , أن يحجز تحفظيا على ذلك المنقول عند حائزه , و في هذه الحالة , يجب تعيين المنقول في الطلب و في أمر الحجز ) [2].

و نص القانون على جواز الحجز الإستحقاقي جاء خاصا بمالك المنقول , و لكن من المسلم أن الحجز الإستحقاقي جائز أيضا لكل صاحب حق على المنقول يخوله حق التتبع , كصاحب حق الانتفاع و الدائن صاحب حق الحبس , إذ تنص المادة 2/202 من القانون المدني : ( غير أنه لحابس الشيء إذا خرج من يده بغير علمه أو بالرغم من معارضته أن يطلب استرداده إذا هو قام بهذا الطلب خلال و القاضي المختص بإصدار أمر الحجز , هو قاضي مقر الأموال المطلوب حجزها , و يؤشر القاضي في أخر العريضة بتوقيع الحجز , و يجري الحجز بالأوضاع نفسها التي يباشر بها الحجز التنفيذي , إذ يقوم المحضر القضائي بالحجز على المنقولات عند حائزها , حيث يتقدم المحضر القضائي إلى مقر الحائز للمنقولات فإذا تم تمكينه من إجراء حجزه و فتحت له الأبواب يبدأ مباشرة في تحرير محضر حجز و جرد للمنقولات , و يعين الحائز حارسا عليها إن اقتضى الحال , أما في حالة اعتراض الحائز و منع المحضر القضائي من الدخول إلى مقر سكناه , فلا يجوز لهذا الأخير أن يستعمل القوة أو يستعين بالقوة العمومية , بل عليه أن يوقف إجراءات الحجز و يحرر محضر إشكال يسلمه للأطراف لعرضه على رئيس المحكمة , في أجل أقصاه 03 أيام من تاريخ الاعتراض ليفصل في الإشكال القائم , و نشير في هذا الصدد أن المشرع الجزائري في النص الجديد لم ينص على أحكام تخول للمحضر القضائي اتخاذ إجراءات للحفاظ على المنقولات و منع الحائز أو المدين من تهريبها وهذا على عكس النص القديم الذي

---

(1) – القرار رقم 237711 الصادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا بتاريخ 2000.02.23 ، منشور في المجلة القضائية العدد الأول ، سنة 2001 ، ص 150.

(2) - voir Paule Cuche Et Jean Vincent , op-cit , p 134 .

كان يسمح للمحضر القضائي بتعيين حارس على الأبواب , حيث نصت المادة 2/440 : ( إذا اعترض من يضع يده على المنقولات المراد استردادها على الحجز فإنه توقف الإجراءات , و يرفع الإشكال لقاضي الأمور المستعجلة , و يحق للقائم بالتنفيذ أن يعين حارس على الأبواب حتى يفصل في الإشكال ) , و عليه نرى أن كان من الأحسن على المشرع الجزائري في النص الجديد أن يسمح للمحضر القضائي بتعيين حارس على الأبواب , أو أن يقرر جزاءات في حالة ما إذا قام الحائز بالتصرف في هذه المنقولات قصد تهريبها , وبهذا تكون المنقولات محفوظة إلى حين الفصل في الإشكال .

و عليه فالحجز الإستحقاقي يهدف إلى ضمان حق عيني على المنقولات , و ليس على حق دائنية كباقي الحجوز التحفظية و لا يهدف إلى بيع الأموال المحجوزة , بل إلى استرداد الأشياء المنقولة على عكس حجز المؤجر و حجز المدين المتنقل , و بالتالي لا يستتبع هذا الحجز رفع دعوى لتثبيته , و إنما على الحاجز أن يرفع دعوى موضوعية بطلب الحجز و بطلب استرداد الأشياء المحجوزة أمام القاضي الكائن بدائرته موطن الحائز المحجوز عليه [1].

---

(1) – لقد اختلف الرأي بشأن سريان قواعد دعوى الاسترداد على الحجوز التحفظية ، فقد ذهب القضاء المصري إى عدم انطباق هذه القواعد على هذه الحجوز ، فالدعوى التي يرفعها الغير بالنسبة لهذه الحجوز هي دعوى حق عادية لا تنطبق عليها دعوى الاسترداد ( مصر الكلية في 25 مارس 1940 ، منشور في مجلة المحاماة المصرية عدد 4004/978/20 ) ، و في حكم حديث لمحكمة استئناف القاهرة عرضت المحكمة أدلة هذا الرأي على الوجه التالي : إن دعوى الاسترداد هي أداة قانونية لإثبات حق المسترد على المنقولات المحجوز عليها ، بغية إيقاف البيع و هي لهذا تؤدي إلى وقف البيع بمجرد رفعها و لا حاجة لها في الحجوز التحفظية حيث لا يرمي الدائن إلى البيع لاستيفاء حقه ، و قد نظم المشرع هذه الدعوى في الفصل الخاص بالتنفيذ بحجز المنقول لدى المدين و بيعه ، و هو ما يعني قصر تطبيق لدعوى على الحجز التنفيذي ، و خاصة المادة 320 مرافعات مصري الواردة في الفصل الخاص بالحجز و التي تحيل إلى قواعد وإجراءات الحجز التنفيذي تستثني صراحة ما تعلق منها بتحديد يوم البيع ، و النصوص الخاصة بدعوى الاسترداد هي نصوص استثنائية لا يجوز التوسع في تطبيقها .

و يرى الدكتور "محمد حامد فهمي" أنه في الحجز التحفظي إذا رفعت الدعوى قبل تحول الحجز إلى حجز تنفيذي ، لم تخضع لقواعد دعوى الاسترداد , أما إذا رفعت بعد هذا التحول و صدور الحكم بصحة الحجز فإنها تعتبر دعوى استرداد ، و يرى الدكتور فتحي والي أن هذا الرأي محل نظر فدعوى الاسترداد ترمي إلى تقرير حق الغير بالنسبة لمال محجوز و إلى وقف البيع و هذان الغرضان يتحققان أيضا في الحجوز التحفظية , و ليس صحيحا أنه لا حاجة لوقف البيع في الحجز التحفظي , فقد رأينا أن الحجز التحفظي يرمي في النهاية إلى التنفيذ على المال بنزع الملكية ، فللغير إذا مصلحة في وقف البيع و ليس هناك علاقة بين تحديد يوم البيع و بين الأثر الواقف للبيع في دعوى الاسترداد ، فوقف البيع يمكن أن يتم و لو لم يحدد يوم البيع ، هذا أنه في الحجز التنفيذي قد لا يحدد يوم البيع في محضر الحجز , و هذا لا ينفي عنه صفته كحجز تنفيذي ، و لا ينفي عن دعوى الاسترداد التي ترفع قبل تحديد صفتها دعوى الاسترداد و أثرها في وقف البيع ، أما وضع النصوص الخاصة بدعوى الاسترداد في الفصل الخاص بالحجز التنفيذي فإنه لا يمنع من انطباقها على الحجز التحفظي ، و لهذا فإننا نرى انطباق قواعد دعوى الاسترداد على الدعوى التي يرفعها الغير منازعا في الحجز و لو كان تحفظيا و سواء كان حجز لدى المدين ، أو على منقول مادي لدى الغير .

– للتفصيل أكثر راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 569–570 .

**و في مصر** فقد نص المشرع المصري على الحجز الإستحقاقي في المادة 318 مرافعات مصري : ( لمالك المنقول أن يوقع الحجز على حائزه ) , و نرى أن المشرع المصري لم يفصل في أحكام هذا النوع من الحجز مثل المشرع الجزائري , إذ أفرد له نص واحد دون أن يفصل في الإجراءات التي تليه و تفسير ذلك حسب رأيينا أن هذه الصورة من الحجوز التحفظية لا تصير إلى حجز تنفيذي على خلاف الصور الأخرى , و هو ينتهي نهاية طبيعية باسترداد المنقولات من يد الحائز و لا تباع في يده , و هذه صورة من صور التنفيذ المباشر (1).

**و أما المشرع الفرنسي** فقد نظم "الحجز الإستحقاقي saisie revendication" بموجب القانون الصادر في 09 جويلية 1991 , من المادة 155 إلى المادة 163 , و هذا الحجز لا يتم في فرنسا إلا بأمر من القضاء باستثناء الدائن الذي بيده سند تنفيذي أو حكم واجب النفاذ , و يجب تعيين الأموال المراد استردادها و كذلك تعيين الحائز و في حالة ما إذا انتقل المحضر القضائي إلى أماكن تواجد المنقولات و وجدها في يد حائز غير الحائز المذكور في الإذن بالحجز , يمكن للمحضر القضائي أن يوقع تحت يده الحجز الإستحقاقي , و هذا لأن العبرة في هذا الحجز ليست في شخص الحائز و إنما في ضبط الأموال و منع تهريبها و هاذ ما تضمنته المادة 155 في فقرتها الثالثة , و يجب على الدائن تحت طائلة سقوط الإجراء أن يبادر إلى رفع دعوى في الموضوع للحصول على حكم باسترداد هذه الأموال كما يجب على المحضر القضائي أن يقوم بتنفيذ أمر القاضي خلال أجل شهر من تاريخ صدوره , و في حالة ما إذا كانت الأموال موجودة في محل سكني يستلزم القانون الفرنسي إذن خاص من القضاء وفقا للمادة 2/158 و يقوم المحضر القضائي أثناء تواجده في مكان الأموال المطلوب حجزها بتحرير محضر يتضمن 07 بيانات رئيسية تحت طائلة بطلان المحضر , و هذه البيانات تضمنتها المادة 159 من نفس القانون (2).

**و يمكن تلخيص هذه البيانات فيما يلي :**

1 - التذكير بإذن القاضي في حالة توقيع الحجز بموجب هذا الإذن .

2 - ذكر الإجراءات المتعلقة بعملية الحجز .

3 - بيان مفصل للأشياء المحجوزة .

4 - تنبيه الحائز بالالتزامات الواجبة عليه و تذكيره بأن الأشياء وضعت تحد يد القضاء , و بالتالي يمنع عليه تحت طائلة العقاب التصرف في هذه الأشياء .

5 - تنبيه الحائز بإمكانية تقديم الاعتراضات أمام الجهات المختصة .

---

(1) – أنظر د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 857 .

– و راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 498 .

(2)– voir Rogger Perrot- Philippe thery , op-cit , p 758 , Gerard couchez , op-cit , p 198 .

6 - ذكر الجهة القضائية التي يمكن تقديم الاعتراضات أمامها .

7 - ذكر بعض النصوص القانونية , مثل المادة 6/314 من قانون العقوبات الفرنسي و المواد 155–156 و كذلك المواد 211–213 –216 [1].

و في حالة ما إذا تم الحجز بدون إذن من القضاء يمكن للحائز أن يطلب رفع اليد من قاضي التنفيذ الموجود بدائرة اختصاص موطن الحائز , كما يمكن رفع الطلب إلى المحكمة التجارية لنفس المكان وأما فيما يخص الاعتراضات فيخول القانون الفرنسي للحائز أن يعلم المحضر القضائي بهذه الاعتراضات عن طريق رسالة مضمنة مع الإشعار بالوصول , و له أجل شهر من تاريخ الإعلام أن يرفع هذا الاعتراض أمام قاضي التنفيذ المختص إقليميا [2].

## المطلب الثالث

## الحجز التحفظي على الطائرات و السفن

هناك صور أخرى من صور الحجز التحفظي – غير ما سبق ذكرها– لا تقل أهمية إذا لم تزد في أهميتها وهي صورة الحجز التحفظي على الطائرات و السفن , و لعل إغفال الفقه الإجرائي لهذه الحالات ضمن صور الحجز التحفظي يرجع إلى أن القانون البحري و القانون الجوي استقلا بتنظيمهما دون قانون الإجراءات المدنية و الإدارية , إلا أن المشرع في القانون الجوي و القانون البحري لم يكن ليغفل حقيقة أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هو الشريعة الإجرائية الأم , و لذلك لابد من الرجوع إليها فيما لم يرد بشأنه نص خاص .

بالإضافة إلى حقيقة أخرى و هي أن طبيعة القاعدة وما إذا كانت إجرائية أو موضوعية لا تتحدد بموقعها في هذا الفرع أو ذاك من فروع القانون , فالقانون الإجرائي أوسع مدلولا من قانون المرافعات و لذلك سوف نتناول هاتان الصورتان الحيويتان من صور الحجز التحفظي باعتبار أن الحجز نظام إجرائي ينتمي إلى القانون الإجرائي بصفة عامة .

(1)– voir  Rogers Perrot – Philippe Thery , op-cit , p 760-761,
- et Gérard Couchez , op-cit , p 200 .

(2)- Claude Brenner , op-cit , p 32 , Jean-Marc delleci , op-cit , p 352 .

# الفرع الأول
## الحجز التحفظي على الطائرات

تعتبر الطائرة أداة الملاحة الجوية , و هي ذات قيمة مالية و اقتصادية هامة , و على اعتبار أنه توصف بأنها مال , فهي تمثل عنصر من عناصر الضمان العام الذي يتمتع به دائنو مالك الطائرة على ذمته المالية , لذلك يحق لأي من هؤلاء الدائنين التنفيذ على الطائرة استيفاءا لحقوقه إزاءه [(1)].

و قد يلجأ الدائن إلى توقيع حجز تحفظي على الطائرة و ذلك قبل أن يحصل على سند تنفيذي يخول له الحق في التنفيذ عليها , لكن نظرا لأهمية الطائرة في المجال الجوي , فهي وسيلة نقل دولية جد هامة مما يتعين معه تفادي عرقلة النشاط الجوي و شله عن طريق تنظيم مسألة الحجز التحفظي على الطائرة , على نحو لا يمنع الطائرة من أداء وظيفتها [(2)].

و قد تضمن القانون رقم 06/98 الصادر بتاريخ 03 ربيع الأول سنة 1419 هـ الموافق 27 جوان 1998 , و المتضمن القواعد المتعلقة بالطيران المدني بعض الأحكام الخاصة بالحجز التحفظي على الطائرات [(3)].

و تنص المادة 30 منه على أن الطائرة يمكن أن تكون محل للحجز التحفظي وذلك وفقا لاتفاقية روما الصادرة بتاريخ 29 ماي 1933 و المتعلقة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالحجز التحفظي للطائرات , و بالتالي فقد أحال المشرع الجزائري إلى تطبيق و إرساء القواعد الدولية للاتفاقية المذكورة [(4)].

---

(1) – لقد تولت المادة الثانية من القانون رقم 06/98 المؤرخ في 03 ربيع الأول 1419 الموافق لـ27 يونيو 1998 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني بنصها : ( كل آلة تستطيع الارتفاع و التماسك و الانتقال في الجو بفضل تفاعلات جوية من غير التفاعلات الجوية على سطح الأرض ) .

(2) – راجع / القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 40 .

(3) – القانون رقم 06/98 الصادر بتاريخ 03 ربيع الأول 1419 ، الموافق 27 جوان 1998 المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني منشور في الجريدة الرسمية العدد 48 الصادر بتاريخ 1998.06.28 .

(4)- انضمت الجزائر إلى اتفاقية روما المؤرخة في 29 ماي 1933 بموجب المرسوم رقم 154/64 المؤرخ في 05 جوان 1964.

– و قد عكفت عدة جهات على دراسة مسألة الحجز التحفظي على الطائرات منها اللجنة القانونية للطيران بالإتحاد الدولي للنقل الجوي , و جمعية القانون الدولي ، و الغرفة التجارية الدولية ، و قد أقرت اللجنة الولية للخبراء القانونيين الجويين مشروع اتفاقية أعدها الفقهاء الألمان ، ثم عرض المشروع على المؤتمر الدولي الثالث للقانون الجوي الخاص ، المنعقد بمدينة روما عام 1933 وقد انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 152/64 الصادر بتاريخ 05 جوان 1964 و المتعلق بانضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، لمعاهدة روما الصادرة بتاريخ 29 ماي 1933 و المتعلقة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالحجز التحفظي على الطائرات .

و لقد تولت المادة الثانية من اتفاقية روما تحديد ماهية الحجز التحفظي الذي يكون للدائن توقيعه على الطائرة بأنه كل تصرف أيا كانت تسميته , يتم بمقتضاه وقف الطائرة رعاية لمصلحة خاصة عن طريق أعوان القضاء أو رجال الإدارة , إما لمصلحة دائن أو مالك أو صاحب حق عيني يثقل الطائرة دون أن يكون في مقدور الحاجز أن يستند إلى حكم واجب النفاذ قد حصل عليه مقدما عن الطريق العادي أو سند تنفيذي مساو له (1).

و تضيف المادة السابعة من الاتفاقية بعدم سريان أحكامها على الإجراءات التحفظية الواردة في مسائل الإفلاس , أو تلك المتبعة عند مخالفة اللوائح الجمركية أو لوائح البوليس أو قانون العقوبات كما تضمنت المادة 32 من القانون رقم 06/98 المتعلق بقواعد الطيران المدني , أن الحجز لا يوقع على الطائرات التابعة للدولة , و هي الطائرات التابعة لرئاسة الجمهورية , الطائرات العسكرية بالإضافة إلى طائرات الدرك الوطني و الشرطة , و الحماية المدنية , و كذا الطائرات الخاصة التي وضعت مؤقتا لخدمة نشاط الدولة , و العبرة في منع الحجز على بعض الطائرات و ذلك لما تمثله هذه الطائرات مظهر من مظاهر السيادة للدولة , و كذا ضمان استمرارية المرافق في أداء مهامها , والعبرة بخدمة المرفق العام بغض النظر عن ملكية الدولة للطائرة لرصدها لخدمة المرفق العام (2).

كما تضيف الاتفاقية إلى هذه الاستثناءات الطائرات التجارية العاملة على خطوط نقل عام وطائرات الاحتياط الضرورية لها , بحيث تكون في هذه الحالة الخدمة مفتوحة للجمهور و تتعاقب الرحلات طبقا لمواعيد دورية , و الحكمة من ذلك الحكم هو ضمان استمرارية مرفق النقل العام الجوي الحيوي خاصة أن مصالح الدائن غير مهددة حقيقة , و ذلك أن الطائرات تعمل على خط منتظم و بالتالي يتأكد عودتها و يستطيع الحجز عليها حجزا تنفيذيا متى تحصل علىا السند التنفيذي , وبالتالي يجوز الحجز على الطائرات التي تعمل على خط منتظم مثل الطائرات التي تكون تحت الطلب أو المرصودة لخدمة فئات محددة (3).

و لا يمكن الحجز كذلك على الطائرات إذا كانت على وشك الرحيل , فإن الحجز يؤدي إلى تعطيل الرحلة مصالح حقيقية و متعددة, فالبضائع يكون قد تم شحنها و رصها بالطائرة , و المسافرون إما يكونوا

---

(1) – القصد من العبارة التي ذكرتها الاتفاقية هي الحد من اختلاف القوانين الداخلية في تسمية إجراء الحجز التحفظي ، وبالتالي تشمل أحكام الاتفاقية حق الإيقاف في القانون الإنجليزي ,والحراسة القضائية في القانون الإيطالي ، والحجز المؤقت في القانون الألماني .

– راجع / القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 41 .

(2) – لقد تضمن المادة الأولى من اتفاقية شيكاغو الموقعة بتاريخ 07 ديسمبر 1944 ، المعدلة لاتفاقية جنيف الموقعة بتاريخ 31 ديسمير 1963 , حيث حددت بعض أنواع الطائرات التي تتمتع بحصانة و من ثم لا يجوز الحجز عليها ، و هذه الطائرات هي الطائرات العسكرية ، الجمارك ، أو الشرطة .

(3) - راجع / القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 42 .

متواجدين على متن الطائرة أو بالمطار استعدادا لانطلاق الرحلة الجوية , لذلك قررت اتفاقية روما عدم جواز الحجز على الطائرة متى كانت على وشك الرحيل , رغم أن الاتفاقية لم تحدد متى تكون الطائرة على وشك الرحيل .

و لقد أشرنا في مستهل حديثنا في هذا المطلب أن التشريعات و منها التشريع الجزائري لم ينظم الحجز على الطائرات في القانون الإجرائي , بل تضمن القانون المنظم للطيران المدني النص على الحجز على الطائرات , و لكن بتصفح هذه النصوص نجد أن المشرع الجزائري قد نظم الحجز على الطائرات بموجب مادتين , و هما المادة 30 و المادة 31 من القانون رقم 06/98 المتعلق بالطيران المدني و بالتمعن جيدا في قراءة هذين النصين , نستشف أن المشرع الجزائري قد نظم عرضا أحكام الحجز حتى لا نغالي و نقول أنه لم ينظم الحجز على الطائرات , حيث نصت المادة 30 من هذا القانون على ما يلي : ( يمكن أن تكون الطائرات محل حجز تحفظي وفقا لاتفاقية روما المبرمة في 29 مايو 1933 و المذكورة أعلاه ) , أما المادة 31 من نفس القانون فقد نصت على ما يلي : ( تعفى من الحجز التحفظي , الطائرات المخصصة لخدمة الدولة فقط ) .

و عليه , و بلا شك أن هاتان المادتان لم يتضمنا أحكام تتعلق بالحجز على الطائرات , و من ثم وجب الرجوع إلى البحث عن أحكام الحجز التحفظي وفقا لاتفاقية روما السالفة الذكر , و إلى تطبيق أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في هذا الشأن , و خاصة أحكام الحجوز التحفظية .

و بالرجوع إلى أحكام اتفاقية روما السالفة الذكر , فإننا نجدها تضع الأحكام العامة للحجز التحفظي على السفن ، و بالتالي وجب الرجوع إلى تطبيق الأحكام العامة الخاصة بالحجز التحفظي ومنه فعلى الدائن أن يبادر إلى استصدار إذن من القضاء لتوقيع الحجز التحفظي , و المحكمة المختصة بإصدار الأذن هي المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها الطائرة المراد الحجز عليها وبعدها يتولى المحضر القضائي الانتقال إلى مكان رسو الطائرة , فيقوم مباشرة بتبليغ ربان الطائرة بصدور إذن قضائي بتوقيع حجز تحفظي على الطائرة و تبليغه نسخة من محضر الحجز , و على المحضر القضائي أن يبلغ سلطات المطار لتتخذ كل الإجراءات لإيقاف الطائرة و منعها من مغادرة المطار .

**و أما في التشريع الفرنسي** فقد تم تنظيم الحجز التحفظي بموجب قانون الطيران الفرنسي , حيث نصت المادة 2/123 : ( دون الإخلال بالإجراءات الخاصة بموجب هذا التقنين , لا يمكن أن تكون محل للحجز التحفظي الطائرات الفرنسية أو الأجنبية التابعة للدولة أو المرصودة لخدمة عامة , إلا إذا كانت الديون المستحقة على المالك ناتجة عن اقتناء هذه الطائرات , أو عقد تكوين أو صيانة متعلقة باستغلال هذه الطائرات ) , و تضيف الفقرة التاسعة من نفس المادة على : ( يحق لكل دائن توقيع الحجز التحفظي على الطائرات , بإذن من القاضي المختص الذي هبطت في دائرة اختصاصه الطائرة في حالة إذا كان مالك الطائرة غير مقيم بفرنسا أو كانت الطائرة تحمل جنسية أجنبية ) .

أما المادة 2/123 من قانون الطيران الفرنسي تستثني الحجز التحفظي على الطائرات التي ترصد لخدمة الدولة , أو الطائرات التي تقدم خدمة عامة , و يهدف هذا الاستثناء من تفادي الحوادث الدبلوماسية , و كذا عدم تعطيل الملاحة الجوية , و قد أقر القضاء الفرنسي عدم أحقية الشركات الحجز التحفظي على الطائرات التابعة للدولة , و قد جاء في قرار امحكمة النقض الفرنسية أن قضاة الدرجة الأولى و قضاة الاستئناف لم يسمحوا بتوقيع الحجز التحفظي الذي أوقعته الشركتان **جالكو** و **أوام** ( JALCO – AOM ) ضد مدينهم شركة الطيران السويسرية , و القول بخلاف ذلك يخالف هذا القانون و عليه فالقضاة في باريس حريصون على التطبيق الحرفي لنص المادة 2/123 [(1)].

## الفرع الثاني
## الحجز التحفظي على السفن

تتمتع السفينة أيضا بأهمية خاصة باعتبارها نوع من الأموال ذات خصوصية و أهمية , ليس فقط أهمية قيمتها المالية , بل لأهميتها كأداة للملاحة البحرية المستمدة أصلا من هذا النوع من الملاحة , وما يقتضيه من مراعاة خاصة لفكرة الائتمان البحري الذي قد يفوق في كثير من الأحيان الائتمان التجاري نظرا لضخامة المشروع البحري بطبيعته [(2)].

و يقتضي الوضع الخاص للحقوق البحرية و الائتمان البحري التمييز بين مختلف الدائنين يتمتعون بحق ما تجاه مالك السفينة أو مجهزها , ذلك إلى جانب الدائنين العاديين الذين يتمتعون بحق ضمان عام على جميع أموال مدينهم , و توجد فئة الدائنين العادين لا تنظر في موضوع الدين إلى شخص المدين بقدر ما تنظر إلى الشيء الذي يضمن هذا الدين , و هؤلاء هم الدائنون البحريون , و نقول أن التقنيات البحرية و الاتفاقات الدولية اعتبرت ديون الدائنين الممتازين منصبة على السفينة ذاتها التي تكون الضمانة الأساسية لديونهم , و أن النصوص القانونية أعطتهم من أجل تطبيق هذه الضمانة حقا عينيا على السفينة يخولهم حق تتبعها في أي مكان وجدت و حق أفضلية على غيرهم من الدائنين و لذلك يهم كثيرا هؤلاء الدائنين كثيرا أن تبقى هذه الضمانة سليمة و أن تكون في متناول أيديهم للتنفيذ عليها [(3)].

---

(1)- Recueil Le Dalloz , Hebdomadaire 178 Année , 01 Cahier , 16 Mai 2002 , N° 19 , 7072 , P 1533 .

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 295 .

(3) – راجع / القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 37 .

إن التجوال الدائم للسفينة بين موطنها و الموانئ الأجنبية يجعل من العسير في كثير من الأحيان توقيع الحجز عليها , لذا أوجدت التشريعات الحجز التحفظي على السفينة إذ يؤدي هذا الإجراء إلى تثبيت الضمانة التي يتمتع بها الدائن و منع السفينة من السفر و انتقالها إلى أماكن أخرى , انتقالا يضر بحقوق الدائنين دون أن تكون الغاية من هذا الحجز هو عرض السفينة للبيع , و يعتبر هذا الإجراء وسيلة سريعة لا تتطلب في جميع الحالات سندا تنفيذيا , إذ يقوم الدائنون بتجميد السفينة في الميناء ومنعها من السفر إلا إذا رغب الدائن في عدم تعطيلها عن الرحالات الدولية و انتقالها بين مرافئ دول مختلفة .

و إن احتمال نشوء ديون عديدة عليها في مختلف الموانئ البحرية , اقتضى ذلك إيجاد تنظيم موحد لتنظيم الحجز على السفينة دون تنازع القوانين , فتم إبرام معاهدة دولية و المتمثلة في اتفاقية بروكسل المؤرخة في 10 ماي 1952 الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالحجز على السفن (1).

و عرفت المادة 150 من القانون البحري الجزائري الحجز التحفظي على السفينة " هو إجراء إيقاف السفينة لضمان دين بحري , و هو إجراء لا يمكن توقيعه إلا بأمر من المحكمة المختصة بناءا على طلب من يدعي دينا بحريا على السفينة ", و هذا وفقا للمادة 152 من القانون البحري الجزائري والسفينة التي تكون موضوع الحجز هي السفينة البحرية كما عرفتها المادة 31 من نفس القانون , دون تمييز حسب النوع أو الحمولة إلا ما يستثنيها القانون بنص خاص (2).

و يلاحظ في هذا الشأن أن المادة 154 من القانون البحري الجزائري , قد توافقت مع معاهدة بروكسل لسنة 1952 الخاصة بالحجز التحفظي على السفن في مادتها الثالثة في أنها أجازت الحجز على السفينة التي يتعلق بها الدين البحري فحسب , بل و على أي سفينة أخرى لنفس المجهز المدين بشرط أن تكون لنفس المجهز وقت نشوء الدين , هذا و يجوز الحجز على السفينة حتى إذا كانت على أهبة السفر , ذلك أن الأصل لا يجوز حجز السفن لأنه يؤدي إلى تعطيل المصالح المرتبطة بها و على الأخص الرحلة التي استعدت السفينة القيام بها , و هي مصالح على جانب كبير من الأهمية الاقتصادية لذا فإن أغلب التشريعات لا تقر بمبدأ الحجز على السفينة المتأهبة للسفر (3).

---

(1) – لقد صادقت الجزائر على هذه المعاهدة بموجب المرسوم 64/171 المؤرخ في 08 يونيو 1964 ، و المتضمن المصادقة على اتفاقية بروكسل المؤرخة في 10 ماي 1952 الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالحجز على السفن .

(2) – عرفت اتفاقية بروكسل لسنة 1952 الحجز التحفظي على السفينة في مادتها الأولى على أنه : ( منع السفينة من التحرك بإذن من سلطة قضائية ضمانا لدين بحري ، و لكنه لا يشمل حجزها تنفيذيا لسند دين ) .

(3) – تنص المادة 59 من قانون التجارة البحرية المصري : ( يجوز الحجز التحفظي على السفينة بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أو من يقوم مقامه ، و يجوز الأمر بتوقيع هذا الحجز و لو كانت السفينة متأهبة للسفر ) .

و هذا على عكس التشريع الجزائري في مادته 154 من القانون البحري الجزائري و المادة 59 من قانون التجارة البحرية المصري و كذلك اتفاقية بروكسل أقرت نفس الحكم في هذا المجال , وتعتبر السفينة على أهبة السفر إذا حصل الربان على ترخيص بالخروج من السلطات الإدارية للميناء [(1)].

إلا أن المشرع الجزائري وضع حلا لهذه الحالة , إذ أجاز لربان السفينة أو مجهزها بطلب رفع الحجز إذا قدمت ضمانات كافية لإستيفاء الدائن مستحقاته , و هذا ما نصت عليه المادة 156 من القانون البحري الجزائري , و كذا المادة 663 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و من التشريعات العربية التي تحظر الحجز على السفينة المتأهبة للسفر , نظام المحكمة التجارية السعودي , إذ تنص المادة 178 منه : ( لا يجوز ضبط السفينة المستعدة للسفر , و عندما يمكن ضبطها لجهة الديون الواقعة لأجل السفر المستعدة له , إلا أنه مع ذلك إذا قدمت كفيلا على إعطاء الديون المذكورة فتخلص من الضبط و استعداد السفينة للسفر يثبت بمجرد أخذ الربان أوراق مرور السفينة ) [(2)].

هذا , و قد ألغت بلجيكا النص الخاص بعدم جواز الحجز على السفن المتأهبة للسفر بالتشريع الصادر سنة 1908 , و بهذا تكون بلجيكا من أسبق الدول إلى إلغاء هذا الاستثناء حتى بالمقارنة مع فرنسا , و هو لم يلغى على المستوى الدولي إلا باتفاقية بروكسل لسنة 1952 [(3)].

و فيما يخص توقيع الحجز التحفظي على السفينة , يجب على الدائن أن يستصدر إذنا من القضاء لتوقيع الحجز , و هذا وفقا لأحكام المادة 647 ق.إ.م.إ حتى و لو كان بيد الدائن سند تنفيذي أو حكم واجب النفاذ , طالما أنه لجأ إلى توقيع الحجز التحفظي و بالتالي وجب عليه التقيد بهذا الشرط ويتم الحجز على السفينة بقيام المحضر القضائي بتبليغ نسخة من الإذن بالحجز و محضر الحجز إلى السلطات الإدارية للميناء , أي المؤسسة التي تسهر على تسيير الميناء , و كذلك حراس الشواطئ للجيش الوطني الشعبي , حيث ينتقل المحضر القضائي بتبليغ نسخة من محضر الحجز إلى ربان السفينة و يعلمه من خلالها أنه صدر إذن بتوقيع حجز تحفظي على السفينة , و يذكره بمبلغ الدين وبعدها يقوم ممثل السلطات المينائية بمصادرة وثائق السفينة حتى لا تغادر الميناء , و بعدها يقوم المحضر القضائي بإبـلاغ قيـادة الميـنـاء بوقوع حجز تحفظي علـى السفينة , و يعتبر إجـراء تبليغ سلطات الميناء و القيادة

---

(1) – راجع د / أحمد الغنيمي ، محاضرات في القانون البحري الجزائري ، الطبعة الثانية ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1988 ص 64-65 .

(2) – راجع د / بهجت هبد الله قايد ، الحجز التحفظي على السفن ، مقال منشور في مجلة القانون و الاقتصاد ، مطبعة جامعة القاهرة ، العدد 58 ، سنة 1988 ، ص 229 .

(3) – المرجع نفسه ، ص 234-235 .

المينائية إجراءا ضروريا حتى يتم تثبيت السفينة و منعها من السفر [1].

و لا يمكن للسفينة أن تغادر الميناء إلا إذا صدر أمر من الجهة القضائية المختصة برفع الحجز التحفظي عليها , سواء نتيجة لتقديم ضمانات مالية لاستيفاء الدين المطالب به , أو لإلغاء الحجز لسبب من الأسباب ، و لقد ثار تساؤل في الفقه و القضاء الفرنسي حول السفينة الموجودة في مرسى ( sur rade) , **<u>هل تعامل معاملة السفينة الراسية في الميناء من حيث جواز الحجز عليها , أم تعامل معاملة السفينة الموجودة في عرض البحر من حيث عدم جواز إجراء الحجز عليها ؟</u>**

و الراجح هو جواز الحجز عليها متى كان ذلك ممكنا و غير متعذر , عملا كما هو الحال في السفينة الموجودة في عرض البحر , و ذلك لأنه لا يجوز أن يمد عدم قابلية الحجز و هي استثناء على الأصل إلا في هذه الحالة , أخذا في عين الاعتبار أن المشرع الفرنسي في القانون القديم لم يقصر الحجز على السفينة الموجودة في الميناء , و إنما استخدم كلمة السفينة العائمة أو الطائفة flottant وهي تصدق على السفينة في الميناء أو المرسى –rade– [2].

**و في مصر** فقد تناول المشرع المصري النص على أحكام الحجز التحفظي على السفينة بالتنظيم في قانون التجارة البحرية الجديد رقم 08 لسنة 1990 , و ذلك في الفصل الثالث من الباب الأول [3].

و لم يكن التقنين البحري المصري الملغى قد تضمن أحكام تتعلق بالحجز التحفظي على السفن تاركا حكم هذا الحجز للقواعد العامة في قانون المرافعات المصري , و قد استمد هذا القانون أحكامه من اتفاقية بروكسل الخاصة بتوحيد القواعد المتعلقة بالحجز التحفظي على السفن , و التي انضمت إليها مصر و بالتالي صارت جزء من النظام القانوني الداخلي [4].

**و فرنسا** لم يتم تنظيم الحجز التحفظي على السفن بموجب أحكام خاصة , و بالتالي وجب الرجوع إلى تطبيق الأحكام العامة في القانون الصادر في 09 جويلية 1991 , و النصوص التطبيقية له الصادرة في 31 جويلية 1992 , و نشير في هذا الصدد أن هناك نصوص قانونية تنظم الحجز التنفيذي على السفن و هي قانون الملاحة البحرية الداخلية , و التقنين العام لمجال الملاحة النهرية [5].

---

(4) – راجع / القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 39 .

(1) – راجع د / بهجت عبد الله قايد ، المرجع السابق ، ص 234–235 .

(2) – راجع د / رفعت فخري ، الوجيز في قانون التجارة البحرية المصري الجديد ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة طبعة 1992 ، ص 162.

(3) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 295 .

(4)- voir Serge Guinchard – Tony Mouse , op-cit , 526-527 .

## المطلب الرابع

## الحجوز التحفظية الجديدة في التشريع الجزائري

لقد شهد التشريع الإجرائي الجزائري مرحلة جديدة من الأحكام المنظمة للقانون الإجرائي , فبعد أن دام قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 قرابة 42 سنة من الوجود , رغم ما اعتراه من نقص و غموض في العديد من الأحكام , و عدم مسايرته للتغيرات و الوضع القانوني والاقتصادي الجديد و منه أصبحت الضرورة ملحة لإيجاد تشريع جديد , يحدث تغييرات جذرية في مجال الإجراءات المدنية و منه جاء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08–09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 و الذي دخل حيز النفاذ بعد سنة من صدوره , و قد تدارك هذا القانون النقص والغموض , مسايرا للمفاهيم الجديدة في فقه المرافعات و مستجيبا لمتطلبات العصر الجديد .

و في شأن الحجوز التحفظية فقد استدرك المشرع الجزائري النقص و الغموض , و أزال العديد من العيوب في الصياغة التشريعية , و استحدث بالمقابل صور جديدة من الحجوز التحفظية لم تكن معروفة من قبل في التشريع الجزائري , بل و حتى التشريع المصري و التشريع الفرنسي , فعلى سبيل المثال فقد سمح المشرع الجزائري للدائن بالحجز تحفظيا على عقارات المدين مقتديا بالتشريع الإيطالي و التشريع اللبناني , و متقدما التشريع المصري اللذان لم يقررا جواز الحجز التحفظي على العقار .

كما نص المشرع الجزائري على صور جديدة من الحجوز التحفظية , و هي الحجز التحفظي على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة , و عليه سنحاول دراسة أحكام هذه الصور الجديدة من الحجوز التحفظية وفقا أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

## الفرع الأول

## الحجز التحفظي على عقارات المدين

يهدف الحجز التحفظي إلى مجرد ضبط المال خشية تهريبه من قبل المدين , و منه فإن الاعتقاد بأن المنقول هو فقط ما يمكن تهريبه هو اعتقاد خاطئ , فلربما يكون تهريب العقار أسهل و أسرع من تهريب المنقول في بعض الأحيان , ذلك أن التهريب المقصود به هنا ليس الإخفاء المادي للشيء بطبيعة الحال , و إنما المقصود هو إخراج المال من ذمة المدين حتى إذا أتى الدائن ليستوفي حقه وجد المدين قد خرب الذمة المالية فإذا كان تهريب المنقول يقتضي التصرف فيه بعوض أو بغير عوض أو التصرف المادي فيه بإهلاكه أو بإتلافه أو بإخفائه , فما أسهل على المدين من أن يهرع إلى أقرب مكتب توثيق و يتصرف في هذا العقار و يشهره و سواء كان هذا التصرف حقيقيا أو صوريا , و قد يقول الواحد منا أن

هناك وسائل أخرى تكفل للدائن المحافظة على الضمان العام يكفلها له القانون المدني كدعوى عدم نفاذ تصرف المدين أو الدعوى البولصية , فإننا نجيب أنه ليست كافية و في بعض الأحيان يتعذر على الدائن استخدام هذه الوسائل بسبب عدم توافر شروطها (1).

و لقد نصت المادة 652 من ق.إ.م.إ : ( يجوز للدائن أن يحجز تحفظيا على عقارات مدينه . يقيد أمر الحجز التحفظي على العقارات بالمحافظة العقارية التي يوجد بدائرة اختصاصها العقار خلال أجل خمسة عشر يوما – 15– من تاريخ صدوره , و إلا كان باطلا ) .

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري خص الحجز التحفظي على العقارات بمادة واحدة دون أي تفصيل في الإجراءات , و لعله من البديهي و المنطقي الاستعانة بالأحكام العامة المتعلقة بالحجز التحفظي كضرورة استصدار أمر من القضاء , لكن هناك أوضاع لا تستجيب لها الأحكام العامة في الحجز التحفظي , فلم يفصل المشرع الجزائري في الإجراءات المتعلقة بقيد الحجز بالمحافظة العقارية التي يوجد بدائرة اختصاصها العقار , بالإضافة إلى ذلك لم يحدد المشرع الجزائري الإجراء المتبع إذا كان العقار غير مشهر , خاصة و أن وضع العقار في الجزائر لم تتضح وضعيته ولم تكتمل لحد الساعة عملية مسح الأراضي , فالعقارات غير المشهرة لا تحوز على بطاقات عقارية و في اعتقادنا في هذه الحالة تجب استعارة الأحكام من أحكام الحجز التنفيذي على العقارات غير المشهرة بالرجوع إلى نص المادة 1/766 التي تنص : ( يجوز للدائن وفقا لأحكام المادة 721 أعلاه على عقارات مدينه غير المشهرة إذا كان لها مقرر إداري أو سند عرفي ثابت التاريخ وفقا لأحكام القانون المدني ) .

أما فيما يخص قيد أمر الحجز و باعتبار أن العقارات غير المشهرة لا تحوز بطاقات عقارية , فإن الإجراء المتبع هو قيد أمر الحجز بأمانة ضبط المحكمة مثل ما هو الشأن في الحجز التنفيذي على العقارات المشهرة , حيث نصت المادة 768 ق.إ.م.إ : ( يفتتح بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار , سجل خاص لقيد الحجوز العقارية , و قيد الدائنين الحاجزين والدائنين الذين لهم سندات تنفيذية في مواجهة المدين المحجوز عليه ) (2).

و لقد أشرنا أن الأحكام العامة في الحجز التحفظي لا تستجيب بصفة واضحة و جلية إلى الحجز التحفظي على عقارات المدين , و بالتالي في حالة تثبيت الحجز التحفظي على العقارات , و بعد حصول الدائـن الحاجز على سند تنفيذي , فهل يبـاشر هذا الأخير الحجز علــى المنقول أم على العقار ذلك أنه

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 297 .

(2)– لم تشر أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد إلى القيد النهائي لأمر الحجز و منه يطرح التساؤل هل يجب على الدائن الحاجز أن يبادر إلى إجراء قيد نهائي أم لا ، و حسب رأيينا فبما أن المشرع الجزائري لم ينص على إجرائه ، فلا مجال إذا للقيام بذلك .

– راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 176 .

بالرجوع إلى أحكام المادة 1/721 ق.إ.م.إ التي تنص على : ( يجوز للدائن الحجز على العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية لمدينه , مفرزة أو مشاعة , إذا كان بيده سند تنفيذي و أثبت عدم كفاية الأموال المنقولة لمدينه أو عدم وجودها ) , إذن فهناك تقييد إجرائي لتوقيع الحجز , و عليه فلو فرضنا أن الدائن الحاجز اتبع الترتيب المذكور في نص المادة 721 ق.إ.م.إ , و كنه يصطدم فيما بعد بواقع أن المدين قد قام بتهريب أموال العقارية , و عليه فنتساءل عن الجدوى من النص على توقيع هذا النوع من الحجز , طالما أنها لا تؤدي إلى استيفاء الحق .

و منه يظهر القصور في تنظيم أحكام الحجز التحفظي على العقارات , و منه تظهر الضرورة الملحة لتدخل المشرع لتوضيح أكثر للأحكام المتعلقة بهذا النوع من الحجوز .

## الفرع الثاني

## الحجز التحفظي على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة

لقد أضحت الملكية الفكرية تشغل بال الكثير من المبدعين و رجال القانون و الاقتصاديين ومؤسسات و هيئات حكومية تعمل في هذا المجال , و نظرا للإبداعات و الابتكارات المذهلة و نظرا لحجم الأموال الطائلة التي تجنى من الابتكارات و الإبداعات , هذا ما جعل البعض و بطريقة غير قانونية يحاول استغلال هذه المصنفات بطرق غير مشروعة قصد جني الأموال .

و لقد أبرمت في مجال تنظيم الملكية الفكرية عدة اتفاقيات دولية كاتفاقية "ستريبس" , و اتفاقية برن واتفاقية باريس و غيرها من الاتفاقيات , و الهدف من هذه الاتفاقيات هو حث الدول على احترام الملكية الفكرية و ضبط قوانينها الداخلية بما يحقق ذلك , و الجزائر ليست بمنئ عن هذه التغيرات إذ قام المشرع الجزائري بتعديل العديد من النصوص الموضوعية المتعلقة بالملكية الفكرية , و ليس فقط القوانين الموضوعية التي انسجمت مع الوضع الجديد في مجال الملكية الفكرية , بل نجد أن المشرع الجزائري قد نص في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08–09 على الحجز التحفظي على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة , حيث نصت المادة 650 من هذا القانون على : ( يجوز لكل من له ابتكار أو إنتاج مسجل و محمي قانونا أن يحجز تحفظيا على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة .

يحرر المحضر القضائي محضر الحجز يبين فيه المنتوج أو العينة أو النموذج و يضعه في حرز مختوم و مشمع , و إيداعه مع نسخة من المحضر بأمانة ضبط المحكمة المختصة إقليميا ) .

و لقد خص المشرع الجزائري هذا النوع من الحجوز التحفظية بمادة واحدة دون أي تفصيل و هي تطرح عدة إشكالات قانونية نذكر منها ما يلي :

**1 – فيما يخص أمر الحجز** : فالتساؤل الذي يطرح هو هل يجب استصدار أمر الحجز من رئيس المحكمة المختص بتوقيع الحجز , بما أن المادة 650 ق.إ.م.إ لم تنص على ذلك , و بالتالي هل يجب الرجوع إلى الأحكام العامة , طالما أن المبدأ يقتضي الرجوع إلى تطبيق الأحكام العامة في حالة عدم وجود نص خاص , و منه تطبيق أحكام المادة 649 ق.إ.م.إ , و حسب رأيينا إن استصدار أمر الحجز غير مستساغ في هذا النوع من الحجوز طالما نحن أمام عمل غير مشروع , بل و يشكل جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات , و ما دام الأمر كذلك ففي اعتقادنا أنه ليس هناك داعي في هذه الحالة لاستصدار أمر بالحجز .

**2 – إن تخويل المحضر القضائي ضبط السلع أو نماذج المصنوعات المقلدة** , كذلك إجراء في غير محله ذلك أن هذا الأخير تعوزه الخبرة و الكفاءة في تقرير ما إذا كانت هذه السلعة أو تلك هي مقلدة أم لا , بالنظر إلى أن بعض السلع هي محكمة الصنع و تحتاج إلى خبرة و كفاءة و في بعض الأحيان إلى تجارب و تحاليل لمعرفة ما إذا كانت هذه السلعة مقلدة أم لا , و في رأيينا أن هذا الإجراء كذلك لا جدوى منه طالما أن هناك هيئات و مصالح مخولة للقيام بذلك مثل مصلحة الجمارك و مصالح مراقبة النوعية و الغش , و مصالح المراقبة على مستوى وزارة التجارة , و غيرها من الهيئات .

**3 – إن إجراء الحجز التحفظي على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة** , لا ينطوي على علاقة دائنية بين المقلد أو حائز البضاعة المقلدة و صاحب السلعة الأصلية , و بالتالي لا يقتضي هذا الإجراء لا إلى ضبط المال و منع صاحبه من التهريب فالأمر ليس كذلك , و لا إجبار المدين على تنفيذ التزاماته و الأمر ليس كذلك , و بل لسنا أمام دائن و مدين , و إنما أمام صاحب حق و مغتصب ومعتدي على هذا الحق , و منه فلا مجال للحديث عن علاقة دائنية , و إنما عن عمل غير مشروع له وسائل خاصة لوقف هذا الاعتداء سواء في القانون المدني أو قانون العقوبات الذي يردع و يعاقب على هذه الممارسات .

و مهما يكن من إنقاذ فإن هذا الإجراء منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد , و بالتالي يمكن استعماله , و على المحضر القضائي في هذا الحجز أن ينتقل إلى مكان تواجد هذه السلع و يحرر محضر حجز , و يضع العينة في حرز مختوم و مشمع , و يجب على المحضر القضائي أن يودع المحضر مع العينة بأمانة ضبط المحكمة المختصة محليا , و هذا الإجراء يسمح

بإجراء المقارنة و إثبات التقليد أمام القاضي المدني أو القاضي الجزائي , بمناسبة دعوى عمومية عن جريمة بيع منتوج مقلد [1].

و لقد أشرنا أن المشرع الجزائري قد خص الحجز التحفظي على عينة من السلع أو نماذج من المصنوعات المقلدة بمادة واحدة , و حسب رأيينا فهذا يعد قصورا في تنظيم هذا النوع من الحجوز وبخاصة أن هذا النوع من الحجوز هو جديد مما يستدعي معه تفصيلا أكثر في الأحكام , و عليه كان على المشرع الجزائري أن يفصل أكثر في أحكام هذا الحجز بما يسد كل الغموض و الثغرات القانونية.

و بالنسبة للتشريع المصري لم يتضمن قانون المرافعات المصري أحكاما خاصة تتعلق بهذا النوع من الحجوز , أما التشريع الفرنسي فقد نظم هذا النوع من الحجوز بصفة تفصيلية فقد أفرد للحجز التحفظي أحكاما تتعلق بالحجز التحفظي على السلع و البضائع المقلدة .

---

(1) نشير أن الفقرة الثانية من المادة 650 من ق.إ.م.إ صياغتها غير دقيقة ، فبقراءة الفقرة الثانية يتضح أن الذي يودع في حرز مختوم و مشمع هو المحضر ، و الصحيح المنتوج أو العينة أو النموذج المحجوز .

(2)– راجع د / عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق ، ص 174 .

# الفصل الثاني

# الحجوز التنفيذية

الحجز هو "نظام إجرائي خاص بالتنفيذ الجبري , بمقتضاه يتم وضع مال معين من أموال المدين تحت يد القضاء , بحيث تتقيد سلطات صاحبه عليه تمهيدا لاقتضاء الدائن حقه منه عن طريق إجراءات التنفيذ " [1].

أو هو "وضع المال المحجوز سواء كان منقولا أم غير منقول تحت يد القضاء , ومنع المنفذ ضده أن يتصرف فيه ، و ذلك للمحافظة على حقوق الدائن الحاجز طالب التنفيذ لاستيفاء دينه من ثمنه عند بيع هذا المال "[2].

و الحجز مرحلة ضرورية لا غنى عنها لأي تنفيذ جبري عندما يكون محل الإلتزام مبلغا من النقود و هو المرحلة الأولى في التنفيذ في هذه الحالة إن لم يكن المرحلة الوحيدة , و نعني بذلك أن مجرد توقيعه يؤدي وظيفة تحفظية هي الحفاظ على مال المدين , و بالتالي المحافظة على الضمان العام للدائنين و قد لا يريد الحاجز أكثر من ذلك , لكن قد يضاف إلى ذلك وظيفة تنفيذية أخرى و هي تحريك إجراءات نزع الملكية , و من هنا كان تنوع الحجز إلى حجز تحفظي و حجز تنفيذي .

إن أول ما يبحث عنه في طريق ما من طرق الحجز هو محله , أي المال الذي يصلح لأن يرد عليه الحجز من الناحية الموضوعية بغض النظر عن النشاط الإرادي الذي يريد الدائن القيام به في مواجهة المدين , فقد يريد الدائن اتخاذ إجراءات حجز المنقول لدى المدين , أو حجز ما للمدين لدى الغير أو حجز العقار , فله الخيار إلا أنه إذا اختار أي من هذه الطرق فعليه الإلتزام بالأموال التي تصلح كمحل لهذا الطريق أو ذاك فمحل الحجز إذن هو المقتضي الموضوعي الأول فيه .

فإذا أراد الدائن المضي في طريق حجز المنقول لدى المدين , فعليه أن يتبع النظام الإجرائي لهذا الطريق بكل دقة , لما ينطوي عليه كل نظام إجرائي لأي نوع من أنواع الحجز من ضمانات استهدفها المشرع من وراء تلك الإجراءات , و قد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يترتب على الخطأ في سلوك طريق الحجز الواجب إتباعه بطلان الحجز [3].

---

(1) – أنظر د / أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 241 .

(2) – أنظر د / عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص 100 .

(3) – حكم محكمة النقض الفرنسية ، بتاريخ 04 ديسمبر 1876 , مذكور في مرجع د ، محمد حسنين ، المرجع السابق ص 83.

على أنه أيا كان نوع الحجز تنفيذيا أم تحفظيا , و أيا كان طريقه حجزا على المنقول لدى المدين أو لدى الغير أم حجز على العقار , فإنه يخضع المال المحجوز لنظام قانوني خاص يتمثل في جوهره في تقييد سلطات المدين على أمواله المحجوزة , بحيث لا يقوم بأعمال من شأنه إخراجها من الضمان العام المقرر للدائنين الحاجزين , و ينبني على هذا جملة من القواعد و هي :

*- **القاعدة الأولى** : إن الحجز لا يخرج المال المحجوز من ذمة المحجوز عليه , فيظل مالكا له إلى أن يصير لبيعه , و ينبني على هذا يجوز لدائني المحجوز عليه الآخرين أن يتدخلوا في الحجز و يشتركوا مع الحاجز الأول في اقتسام ثمن المال المحجوز على السواء فيما بينهم , دون إ'تبار لأسبقية الحجز في التاريخ و لا يتقدم دائن على أخر إلا بسبب ما لهذا الأخير من حقوق ممتازة على غيره من الدائنين أو بسبب أن له حقا عينيا على المال المحجوز [1].

*- **القاعدة الثانية** : يترتب على الحجز أن يصبح المال في يد القضاء , و من ثم يمتنع على المحجوز عليه أن يتصرف فيه إضرارا بالدائن الحاجز , فإن هو فعل ذلك فإن تصرفه لا يسري في حق الدائن الحاجز و هذا ما تضمنته المادة 661 ق.إ.م.إ .

*- **القاعدة الثالثة** : للمحجوز عليه أن يتخذ من الإجراءات و التصرفات التي لا تضر بالدائن الحاجز كرفع دعاوى الحيازة أو مطالبة الغير بالوفاء .

*- **القاعدة الرابعة** : إن الحجز نسبي الأثر فلا يفيد إلا الدائن الحاجز و لا يمتد أثره إلى مال أخر لم يشمله , و بهذا يختلف الحجز عن نظام الإفلاس في القانون التجاري , إذ أن حكم شهر الإفلاس له أثر جماعي بالنسبة لكل الدائنين و لكل أموال المدين المفلس .

*- **القاعدة الخامسة** : يشمل الحجز كل المال المحجوز حتى فيما يزيد قيمته عن قيمة الدين , فالحجز يضبط المال كله حتى و لو كان المال المحجوز يقبل التجزئة , و هذا الحكم ثقيل الوطأة على المدين إذ أنه قد يؤدي إلى حبس مال كبير القيمة من أجل الوفاء بدين أقل منه , غير أنه عند البيع يسوغ أن يجاوز القدر الضروري لوفاء حق الدائن و تغطية المصاريف , كما أن للدائن مخرج من هذه الوضعية منحه أيام المشرع للحد من هذا الأثر , و ذلك بالإيداع و التخصيص .

*- **القاعدة السادسة** : إن قواعد الحجز من النظام العام , فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها كاتفاق الدائن و المدين على أنه عند حلول أجل الدين و عدم قيام المدين بالوفاء يتملك الدائن المرتهن المال المرهون , أو يكون للدائن أن يبيع مـــالا معينا من أموال المدين و أن يستوفي حقه من ثمنه بغير إتباع

---

(1) – راجع د / محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 83 .

إجراءات البيع الجبري , و هذا ما يسمى "بشرط الطريق الممهد la clause de voie parée " أو بشرط "البيع الودي vente a l’amiable " ، و يحصل هذا الاتفاق عادة بين الدائن المرتهن و مدينه الراهن , و مثل هذا الاتفاق باطل لمخالفته النظام العام , كما أنه منتزع تحث تأثير حاجة المدين وضعفه فضلا عما يترتب عليه من بيع المال بثمن بخس مما يضر بالمدين و دائنيه , إذ تقتضي مصلحتهم بيع أموال المدين بأكبر ثمن ممكن (1).

و الحجز التنفيذي – و على غرار الحجز التحفظي – يستلزم لتوقيعه توافر شروط ينص عليها القانون بالنسبة لأطراف التنفيذ , أو في إتباع إجراءات معينة تسبق عملية التنفيذ , و كذلك بالنسبة للشروط الشكلية لتوقيع الحجز التنفيذي , و انعدام شرط من هذه الشروط يؤدي إلى إبطال كل الإجراءات التي اتخذها الدائن , وعليه نرى أن دراسة هذه الشروط تكون على ثلاث مستويات :

* **<u>المستوى الأول</u>** : ننظر فيه إلى أطراف التنفيذ , و سنحاول أن نركز على الشروط التي ينفرد بها الحجز التنفيذي , كما أننا سنركز على وظيفة المحضر القضائي طرف أساسي في عملية الحجز.

* **<u>المستوى الثاني</u>** : ننظر فيه إلى الشروط الشكلية ذلك أن الحجز التنفيذي يختلف عن الحجز التحفظي في أن هذا الأخير لا يشترط فيه السند التنفيذي , بينما في الأول يشترط ذلك و بالتالي سنحاول حصر السندات التنفيذية و الأحكام المتعلقة بالصيغة التنفيذية.

* **<u>المستوى الثالث</u>** : إذا كان الحجز التحفظي يقوم على فكرة المباغتة , فإن الحجز التنفيذي بخلاف ذلك يقوم على فكرة التريث و منح فرصة للمدين ليقوم بالوفاء بالتزاماته قبل أن تحجز أمواله و يصير إلى بيعها في المزاد العلني .

و عليه فإن هذه الشروط هي جديرة بالدراسة وفقا للتشريعات الثلاث ( التشريع الجزائري و التشريع المصري و الفرنسي ) حتى نتمكن من التقدم في دراسة أحكام الحجز التنفيذي.

---

(1) – راجع د / محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 85 .

# المبحث الأول

# القواعد العامة للحجز التنفيذي

إن الحجز نظام إجرائي يستند في توقيعه إلى جملة من الأحكام و القواعد , و من أهم هذه القواعد هو أنه لا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه , و قد تقررت هذه القاعدة وفقا لاعتبارات تاريخية وأخرى عملية , فعندما حرص القانون على منع الشخص من أن يقيم لنفسه عدالته الخاصة , فإنه حرص في نفس الوقت على تمكينه من الالتجاء إلى السلطة العامة المكلفة بتطبيق القانون – القضاء – لكي يتمكن من الحصول على حماية تأكيدية لحقه , فللدائن أن يستعمل حقه في الدعوى القضائية لكي يحصل على حكم يؤكد به حقه و يأمر باحترامه .

و كثيرا ما يحمل حكم القضاء المدين على الوفاء , لكن هناك حالات أين يتعنت المدين و لا يبادر بالوفاء و في هذه الحالة يصبح الحكم القضائي مصدرا للحق في التنفيذ الجبري , فوجود الحكم القضائي يعني حق الدائن في تحريك سلطة التنفيذ في الدولة لكي تقوم بما يلزم لإقتضاء الحق بالقوة الجبرية (1).

و يعتبر التنفيذ الجبري آخر مراحل أعمال عنصر الجزاء في القاعدة القانونية , و في الوقت نفسه أخطرها إذ تتم من خلال هذا التنفيذ نزع ملكية المدين جبرا عنه , و لأنه على هذه الدرجة من الخطورة كان لابد من تنظيم يضع في اعتباره أمرين :

* **<u>الأمر الأول</u>** : و هو أن تفرض قواعد التنفيذ قدرا معقولا من الشروط الشكلية و الموضوعية التي تحمي المدين من أي تعسف يقوم به الدائن في استعماله لحقه , فلا يصح مثلا السماح بالتنفيذ إلا من خلال أوراق معينة يحددها القانون حصرا , و هي السندات التنفيذية و لا يصح إجراء البيع جبرا لأموال المدين إلا بعد التمهيد لهذا البيع و هكذا .

* **<u>الأمر الثاني</u>** : هو أن تتصف قواعد التنفيذ بالسهولة و الدقة , حتى يترسخ الاطمئنان لدى الدائن ونمكنه من الحصول على حقه دون عناء , و لذلك كان سند التنفيذ مفترضا كافيا لإجراء التنفيذ و كانت إشكالات التنفيذ المتتابعة ليست حائلا دون بلوغ التنفيذ غايته (2).

---

(1) – راجع د / أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 08 .

(2) – راجع د / أحمد خليل ، نفس المرجع ، ص 19.

إن الحجز التنفيذي يرتكز على وجود السند التنفيذي , فمن هذا السند ينشأ الحق في التنفيذ , و نعرف الحق الذي يراد اقتضائه , و نعرف المدين الذي يراد التنفيذ في مواجهته , و نعرف المال الذي سيتم التنفيذ الجبري عليه , و كذلك نعرف طرق التنفيذ الواجب إتباعه (1).

وللتنفيذ الجبري أركان و مقومات لابد من توافرها و إلا كان معدوما , و الركن هو عماد الشيء و أساس بنيانه , و أركان التنفيذ هي السند التنفيذي و أطراف التنفيذ و المال الذي يرد عليه التنفيذ أي محله بالإضافة إلى المقوم الأساس للتنفيذ و هو مقومات التنفيذ , إذ لا تتحرك مكنة التنفيذ ما لم تتخذ مقدمات التنفيذ و تنبيه الدائن بالوفاء و إلا سيتعرض إلى جزاء الحجز على أمواله (2).

و بناءا على هذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب , حيث سنخصص المطلب الأول إلى أطراف التنفيذ , و المطلب الثاني إلى سندات التنفيذ , و المطلب الثالث إلى مقدمات التنفيذ.

## المطلب الأول
## أطراف التنفيذ

لقد سبق لنا في معرض حديثنا عن الحجز التحفظي التطرق إلى أطراف التنفيذ , مقتصرين على الطرف الإيجابي و هو الدائن الحاجز , و الطرف السلبي و هو المدين المحجوز عليه , و لما كانت لا توجد علاقة مباشرة بين الدائن و المدين في رابطة الحق في التنفيذ لأن الدولة تتوسط هذه العلاقة كان من الضروري أن نتطرق إلى الجهة المكلفة بالتنفيذ سواء في الجزائر أو مصر و فرنسا .

و إذا كان المشرع في النظم القانونية الحديثة لا يسمح للفرد باقتضاء حقه بنفسه , إلا في حالات استثنائية , بل يوجب عليه اللجوء إلى السلطة المختصة في الدولة للحصول على حكم بحقه , و بعدم الحصول على هذا الحكم لا يجوز له أن يقوم بتنفيذ هذا الحكم و القيام بإجراءات التنفيذ ضد مدينه بنفسه بل يتعين عليه اللجوء إلى السلطة المختصة التي تباشر إجراءات التنفيذ , إذن فسلطة التنفيذ هي من الغير فلا هي للدائن و لا هي للمدين , بل هي سلطة خارجية عن كل من الدائن و المدين (3).

---

(1) – راجع / إسماعيل نبيل عمر ، أحمد هنيدي ، أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 28 .

(2) - راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 25.

(3) – و مثال على ذلك حالة الدفاع الشرعي ، و الحق في الدفع بعدم التنفيذ و الحق في الحبس ، كما أتاح المشرع في الحالات التي يكون فيها الإلتزام بعمل ، كالالتزام بتسليم منقول معين بنوعه ، أن يقوم الدائن بالعمل بنفسه و بدون الحصول على ترخيص من القضاء في حالة الاستعجال .

– راجع د / الأنصاري حسن النيداني ، الأعمال الولائية في التنفيذ الجبري بين قاضي التنفيذ و إدارة التنفيذ ، دار الجامعة الجديدة طبعة 2009 ، ص 1 ، د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 144 .

و يميل الفقه إلى تصوير دور الدولة في التنفيذ الجبري نسبة إلى طرفي حق الدائنية le droit de créance و هما الدائن و المدين , فيرى جانب من الفقه أن تطور الحماية التنفيذية أدى كقاعدة عامة إلى حلول الدولة محل الدائن في التنفيذ الجبري , بينما يرى جانب آخر من الفقه أن الدولة تحل محل المدين في التنفيذ , و لو أن هذا الحلول ليس حلولا بالمعنى الحرفي , لأن الدولة تقوم بأعمال تختلف عن تلك التي يقوم بها المدين لتنفيذ التزامه (1).

و العيب الأساسي في هذا التصوير , أنه تصوير لدور الدولة في التنفيذ الجبري نسبة إلى طرفي حق الدائنية , لا نسبة إلى القوة التنفيذية , أي نسبة إلى القانون و بالتالي فإن هذا التصوير يتجاوز فكرة الحلول بمعناها الفني و يتعداها إلى مجرد حلول بالمعنى اللغوي , لاسيما أن الدولة لا تحل لا قانونا و لا اتفاقا محل أحد طرفي حق الدائنية , بل و لا ضرورة قانونا لهذا الحلول أصلا (2).

و لهذا راح الفقه ينتقد هذا التصوير من زاوية فكرة الحلول و ذلك على أساس أن اصطلاح الحلول لا يعبر في هذا المجال عن الفكرة المقصودة قانونا , و لا توجد مثلية بين نشاط القضاء ونشاط المدين أو نشاط الدائن في تنفيذ الإلتزام , و بالتالي يستعصي الكلام عن حلول بالمعنى الفني كما أن الدولة قد تكون هي الدائن أو المدين في حق الدائنية , و بالتالي فلا معنى للكلام عن حلول الدولة محل نفسها .

و يلعب المحضر القضائي الدور الرئيسي و المحوري في عملية التنفيذ , فهو من جهة يمثل الوسيلة القانونية التي منحها المشرع سلطة التنفيذ , و من جهة أخرى يمثل همزة وصل بين الدائن والمدين على اعتبار أن الدائن لا يجوز له أن يقتضي حقه بنفسه , و عليه و من هذا الموقع فكل العملية التنفيذية تقع على المحضر القضائي و منه فإن أي خطأ في أي إجراء يؤدي إلى تهديد العملية التنفيذية برمتها و يترتب على ذلك قيام مسؤولية هذا الأخير .

و لا خلاف في أن المحضر القضائي ممثل السلطة العامة في الإجبار الإجرائي , أي ممثل السلطة القضائية في أداء وظيفتها الاستثنائية و هي الإجبار الإجرائي , و بالتالي فإن مسؤولية المحضر القضائي تحكمها نفس المبادئ التي تحكم غيره من الموظفين العموميين , و هي مسؤولية تخضع لقواعد القانون العام دون قواعد القانون المدني (3).

و لكن الخلاف الذي ثار هو حول علاقة المحضر بطالب التنفيذ , فقد ذهب البعض إلى أن المحضر القضائي يعد وكيلا عن المنفذ في التنفيذ , و يستند أصحاب هذا الرأي إلى أنه لا يجوز

---

(1) – راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 18 .

– و راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 10 .

(2) – راجع د / أحمد محمد محشيش ، نظرية القوة التنفيذية لسند التنفيذ ، دار الفكر الجامعي القاهرة ، 2002 ، ص 264.

(3) – راجع د / أحمد محمد حشيش ، المرجع السابق ، ص 262.

للمحضر القضائي أن يقوم بالتنفيذ إلا بناءا على طلب من طالب التنفيذ , كما لا يجوز للمحضر القضائي قبض الدين المعروض عليه , إلا إذا كان نائبا عن الدائن في الوفاء , لأن القاعدة في القانون المدني هي عدم صحة الوفاء إلا للدائن أو نائبه , كما أن طالب التنفيذ هو الذي يقوم بتوجيه إجراءات التنفيذ [1].

و يذهب الفقه الغالب أن وكالة المحضر القضائي عن طالب التنفيذ , هو افتراض يخالف طبائع الأمور , لاسيما أن المحضر القضائي يقوم بالتنفيذ متبعا أوامر القانون , و منفذا ما يأمر به القاضي دون أن يكون لطالب التنفيذ أن يصدر إليه أي تعليمات في هذا الخصوص , و طلب التنفيذ هو مفترض نشاط السلطة القضائية , و ليس عملا موضوعيا ينشئ علاقة وكالة بين المحضر و طالب التنفيذ و أما فيما يخص قبض المحضر للدين عند عرضه عليه , فهو يدخل في نطاق وظيفته , أما واجب الخصوم توجيه إجراءات التنفيذ , فهي قاعدة إجرائية لا تقتصر على إجراءات التنفيذ وحدها بل تشمل كل الأعمال الإجرائية , و بالتالي فهي ليست قاعدة موضوعية تنشئ علاقة تبعية بين المحضر القضائي و طالب التنفيذ , و من ثم لا يكون طالب التنفيذ مسئولا عن الأخطاء يرتكبه المحضر القضائي في إجراءاته [2].

و في الأخير فهناك رأي آخر جدير بالتأييد , هو أن دور المحضر القضائي هو الإجبار الإجرائي لا التنفيذ الإجرائي , و بالتالي فطلب التنفيذ هو مجرد طلب الإجبار في التنفيذ , و ليس لهذا الطلب أية طبيعى موضوعية تجعله مصدرا لعلاقة موضوعية يحكمها القانون المدني , و قبض المحضر القضائي للدين عند عرضه عليه هو تنفيذ جبري مباشر نظرا لتوسط المحضر القضائي في التنفيذ , و بالتالي فإن المحضر القضائي يؤديه أساسا إعمالا لوظيفته في التنفيذ .

و أما فكرة توجيه المنفذ للإجراءات , و إن كان تعني أنه هو الذي يسأل مسؤولية مباشرة عن توجيه هذه الإجراءات فيما لو ترتب على ذلك إضرار بالغير , لكنها لا تعني أن المحضر هو وكيله في التنفيذ و إزاء تلازم الإجبار الإجرائي و التنفيذ الإجرائي , فقد يكون الخطأ مشتركا بين طالب التنفيذ و المحضر القضائي , و تكون مسؤولية هذا الأخير من ناحية عدم مراعاته ما كان يجب عليه عمله من الإجراءات المنصوص عليها .

---

(1) – راجع أيضا د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 27 .

– و راجع أيضا د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 155 .

(2) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 157 .

– و راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 259 .

# الفرع الأول
# المحضر القضائي

إن السلطة التي تباشر التنفيذ هي الدولة , لأنه من الثابت و من المسلم به أنه لا يجوز لأحد أن يقتضي حقه بنفسه , و لما كانت هذه الأخيرة بيدها السلطة و القوة , فهي ملزمة بموجب القوانين أن تحمي الأشخاص و ممتلكاتهم , و لما كانت الدولة شخص اعتباري لا تتجسد في أرض الواقع لذا فإنها توكل مهمة التنفيذ إلى أشخاص تختلف طبيعة تنظيمهم , و منه نجد أن أغلب التشريعات تأخذ بنظامين اثنين للتنفيذ و هما نظام قاضي التنفيذ و هو النظام المتبع في مصر و سوريا و لبنان , و نظام المحضر القضائي , و هو النظام المتبع في فرنسا و الجزائر حاليا (1).

**أولا : المحضر القضائي في الجزائر** : إن مهنة المحضر القضائي لم توجد في شكلها الحديث المتداول في الجزائر إلا بعد دخول المستعمر الفرنسي إلى الجزائر سنة 1830 , و لكن كما عبر عنه مؤرخو القانون فإن وجود المحضر القضائي بمهامه المعروفة مند فجر التاريخ أمر مؤكد , فكلما كان هناك قضاء كان من الضروري استدعاء الأطراف إلى الجلسة للرد على إدعاءات الخصوم و منه إصدار الأحكام و تنفيذها , و هكذا عبر الأزمنة كلف أشخاص بهذه المهام تختلف تسمياتهم في الجزائر حسب الحقبة التاريخية .

**1 – الحقبة ما قبل الاستعمار الفرنسي** : تميزت هذه الفترة بإسناد مهام القضاء إلى قضاة شرعيين يحكمون حسب تعاليم الشريعة الإسلامية و يتكلفون زيادة على مهام القضاء بمهام أخرى , مثل التوثيق و تنفيذ الأحكام , إذ نظام القضاء في الإسلام لم يعرف الفصل بين مهام القاضي و مهام التوثيق و التنفيذ.

**2– حقبة الاستعمار الفرنسي** : عند دخول المستعمر الفرنسي إلى الجزائر , وجد المؤسسات القضائية الإسلامية قائمة على الشكل الذي أشرنا إليه أعلاه , و تواصل العمل بها و أسس المستعمر نظامه القضائي بشكل موازي للنظام الموجود على أساس مبدأ شخصية القوانين , فأخضع المواطن الفرنسي إلى

---

(1) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 157 .

– و مصطلح المحضر مصطلح فرنسي مشتق من كلمة huis بمعنى باب ، و كانت تطلق في سالف الزمان على العامل المنوط به المحافظة على أبواب المحكمة و الإشراف على نظامها الداخلي .

– للتفصيل أكثر أنظر أحمد محمد محشيش ، المرجع السابق ، ص 217 .

(2) – راجع القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 29 .

نظامه الفرنسي و المواطن الجزائري إلى القاضي الشرعي , و كان ما يعرف بالعون يقوم بالتبليغات لدى هذا الأخير , و لكن تدريجيا اتجه المستعمر لإدخال القاضي الشرعي تحت سلطة النظام القضائي و سحب صلاحياته ليصبح قاضي الأحوال الشخصية فقط , و أول نص أدخل المهنة في شكاها الحديث إلى الجزائر قرار وزير الحرب المؤرخ في 26 نوفمبر 1842 يتضمن تنظيم المهنة و يحدد دواوينها و صلاحيات المحضرين القضائيين , و شروط الالتحاق بالمهنة و النظام التأديبي لها و في 10 أفريل 1843 صدر تصريح بتطبيق قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في الجزائر و إنشاء مهنة الموثق و المحضر القضائي في الجزائر (1).

و مزاولة المهنة كانت موزعة على مدنيين في مناطق الاستيطان الأوروبي و على رجال الدرك من الضباط , بموجب القرار المؤرخ في 29 ماي 1846 المتضمن الترخيص لضباط الدرك القيام بمهام المحضرين القضائيين في المناطق المختلطة و العربية .

أما عن تنظيم المهنة فقد كانت الغرفة الجهوية للجزائر خاضعة إلى الغرفة الوطنية الفرنسية للمحضرين القضائيين و مقرا بباريس , و كانت الغرفة الجهوية متكونة من ثلاث غرف ولائية و هي غرب و مقرها مدينة وهران , و شرق و مقرها مدينة قسنطينة , و وسط و مقرها مدينة الجزائر (2).

**3 – <u>حقبة ما بعد الإستقلال</u>** : لقد عرفت الجزائر نظام متميز نوعا ما , و هو ما يسمى بنظام القائم بالتنفيذ و التبليغ , و هذا بموجب الأمر رقم 66–154 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري , إذ كان النظام السائد قبل هذا التاريخ هو نظام المحضرين القضائيين في عهد الاستعمار الفرنسي , و بقي العمل به بموجب القانون رقم 62–157 الصادر عن الجمعية الوطنية التأسيسية بتاريخ 1962.12.31 , و الذي أبقى العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما تعارض منها مع مبدأ السيادة (3).

ففي سنتي 1965 و 1966 و بمقتضى الإصلاح أدخلت تغييرات جذرية على نظام أعوان القضاء فقد ألغى الإصلاح القضائي وظيفة وكلاء الخصومة و المنفذين الشرعيين بمقتضى المرسوم رقم 66–165 المؤرخ في 1966.05.08 فيما يتعلق بالمنفذين الشرعيين , و قد أسندت صلاحياتهم ومهامهم إلى كتاب الضبط , و ذلك بموجب المادة الثانية و السادسة منه , و قد نصت المادة 477 من الأمر رقم

---

(1) – راجع أ . بوسماحة ، تطور مهنة المحضر القضائي في الجزائر ، مقال منشور في مجلة المحضر القضائي ، تصدر عن الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين , عدد خاص / جوان 2008 ، ص 14 .

(2) – المرجع نفسه ، ص 14 .

(3) – راجع د/ بوبشير محند أمقران ، النظام القضائي الجزائري , ديوان المطبوعات الجامعية , الطبعة الثانية ، ص 200 .

66–154 المؤرخ في 1966.06.08 على ما يلي : ( تلغى مهنة وكلاء الدعاوى والمحضرين , و لوكلاء الدعاوى الذين يثبتون مزاولتهم في الجزائر عند سريان هذا القانون أن يطلبوا قيد أسمائهم بإحدى نقابات المحامين الجزائرية ) [1].

**4 – الحقبة الحالية :** لقد تميزت الفترة ابتداء من سنة 1999 البدء في إصلاحات مست كل القطاعات و على رأسها قطاع العدالة , و من ثمار الإصلاحات التي تعزز بها قطاع العدالة تماشيا مع التوجه الليبرالي المكرس في المبادئ الدستورية لدستور 1996 , و كذا التطورات الحاصلة في المجتمع في كل الميادين , و كذا توصيات اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة صدور القانون رقم 06/03 المؤرخ في 2006.02.20 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي الذي ألغى قانون رقم 03–91 و أبقى على الطابع الحر للمهنة , ولكن تحت رقابة مزدوجة من هيئات المهنة و النيابة من جهة أخرى.

كما تميز القانون بما يلي :

- توسيع الاختصاص الإقليمي من المحكمة إلى المجلس القضائي .
- استحداث شهادة الكفاءة المهنية للمحضر القضائي للالتحاق بالمهنة .
- إضفاء الحماية القانونية على المكتب العمومي.
- إنشاء لجنة وطنية للطعن .
- استحداث مدونة لأخلاقيات المهنة [2].

و في 25 فيفري 2008 صدر القانون رقم 09–08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية و الذي أصبح ساري المفعول ابتداء من تاريخ 23 أفريل 2008 , و قد أحدث هذا القانون نقلة نوعية في أحكام الإجراءات المدنية و بالأخص الأحكام المتعلقة بالتنفيذ , فبعدما كان قانون الإجراءات المدينة رقم 66–154 يخصص 121 مادة من أصل 478 مادة لأحكام التنفيذ , أصبح القانون الجديد يخصص ما يقارب 215 مادة عالج الفراغات القانونية و استحدث صلاحيات جديدة للمحضر القضائي .

و بالرجوع إلى نص المادة 611 ق.إ.م.إ التي حصرت مهمة التنفيذ في يد المحضرين القضائيين حيث نصت على : ( يتم التنفيذ من طرف المحضرين القضائيين بناءا على طلب المستفيد من السند التنفيذي أو من ممثله القانوني أو الإتفاقي .

---

(1) – راجع د / الغوتي بن ملحة ، القانون القضائي الجزائري ،الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 1989 ص 48.

(2) – أ / بن هدنة عبد النور ، مقال منشور في مجلة المحضر القضائي ، العدد الثاني ، جانفي 2010 ، ص 14 .

ثبت علاقة الدائن بممثله طبقا لما يقرره القانون ) .

و قد جاءت المادة 611 ق.إ.م.إ لتنسجم مع المادة 12 من القانون رقم 06-03 المتضمن مهنة المحضر القضائي [1].

**و أما في مصر** فقد استحدث المادة الأولى في فقرتها الثانية من القانون رقم 76 لسنة 2007 مصطلح معاون التنفيذ بدلا من تسمية محضر التنفيذ , و قد كان هذا الأخير يخضع قبل التعديل لإشراف قاضي التنفيذ بموجب المادة 274 مرافعات مصري , و أصبح الآن يخضع لإدارة التنفيذ باعتبار أن معاوني التنفيذ جزء من هذه الإدارة [2].

و تنص المادة 274 مرافعات مصري معدلة بالقانون رقم 76 لسنة 2007 على ما يلي : ( يجري التنفيذ بواسطة معاوني التنفيذ و هم ملزمون بإجرائه بناءا على طلب ذوي الشأن متى سلم السند التنفيذي إدارة التنفيذ فإذا امتنع معاون التنفيذ عن القيام بأي إجراء من إجراءات التنفيذ كان لصاحب الشأن أن يرفع الأمر بعريضة إلى مدير التنفيذ .

و إذا وقعت مقاومة أو تعد على معاون التنفيذ وجب أن يتخذ جميع الوسائل التحفظية و له في سبيل ذلك بعد عرض الأمر على مدير إدارة التنفيذ أن يطلب معاونة القوة العمومية و السلطة المحلية ).

**و في فرنسا** فإن نظام المحضرين القضائيين هو نظام عريق عرفه القانون الفرنسي منذ القديم وقد ظهرت مهنة المحضر القضائي نتيجة للدمج بين مهام الأعوان المكلفون بالتبليغ و التنفيذ و بين المحضرين القضائيين المكلفين في خدمة الجلسات , و منه ظهرت مهنة المحضر القضائي بالشكل

---

(1) – يرى الدكتور عبد الرحمان بربارة في تكييفه لعلاقة المحضر القضائي بطالب التنفيذ ، هي "علاقة وكالة " يستمد مصدرها من نص المادة 571 من القانون المدني الجزائري ، و يرى أن هذه الوكالة هي وكالة خاصة لا تخوله إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها و ما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية ، و نحن نرى خلاف ذلك فإن المحضر يقوم بإجراء التنفيذ بناءا على طلب ذوي الشأن فإن ذلك لا يعني أنه يقوم باعتباره وكيلا عنهم ، و إنما يقوم بذلك باعتباره ضابط عمومي يمثل الدولة في اقتضاء حق الدائن جبرا عن المدين ، و أن سلطته الوظيفية لا تتحرك من تلقاء نفسها ، و إنما بناءا على طلب ذوي الشأن ليس لمصلحة الدائن و لكن إعمالا للمصلحة العامة في تحقيق الحماية التنفيذية ، و هو يقوم بهذه الإجراءات تحت رقابة النيابة .

- قارن في هذا الشأن بين موقف الدكتور / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 24 .
- و راجع أيضا د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 220 .
- و راجع أيضا د / أحمد أبو الوفا / المرجع السابق ، ص 26-27 .
- و راجع في هذا الشأن القانون رقم 06-03 المؤرخ في 20 فيفري 2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي ، منشور في الجريدة الرسمية ، عدد 14 لسنة 2006.

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 219 .

- و راجع د / مصطفى المتولي قنديل ، المرجع السابق ، ص 61 .

الذي هي عليه الآن , و يخضع المحضر القضائي في فرنسا لأحكام الأمر رقم 2592 الصادر بتاريخ 02 نوفمبر 1945 [1].

و كذا المرسوم رقم 56-222 الصادر بتاريخ 29 فيفري 1956 و المتضمن تنظيم الإدارة العامة المكلفة بتطبيق الأمر السالف الذكر , و عليه فالمحضر القضائي هو ضابط عمومي مختص حصريا بتبليغ و تنفيذ الأحكام القضائية و هذا ما نصت عليه المادة 18 في فقرتها الأولى من القانون الصادر بتاريخ 09 جويلية 1991 حيث نصت على ما يلي : ( وحدهم المحضرون القضائيون المكلفون بالتنفيذ يمكنهم توقيع تنفيذ جبري و الحجوز التحفظية ) [2].

## الفرع الثاني
## الدائن الحاجز طالب التنفيذ

لقد سبق لنا التطرق إلى أطراف التنفيذ بصدد دراستنا للحجز التحفظي , و إذ نحن نتطرق إليه مجددا لا على سبيل التكرار , و إنما على سبيل الإثراء فالشروط التي يجب أن تتوافر في طالب التنفيذ في الحجز التحفظي ليست هي بالضرورة نفسها التي يشترطها القانون في الحجز التحفظي , هذا وإن اشتركت في بعض الأحكام و القواعد , فإنها تختلف في أحكام أخرى طالما أن الغاية من الحجزين تختلف , فإذا كان الهدف من الحجز التحفظي هو ضبط المال قصد بيعه و استيفاء الدائن الحاجز لحقه و عليه سنحاول التطرق إلى الشروط التي يجب أن تتوافر في الدائن الحاجز طالب التنفيذ .

**1 – <u>الدائن الحاجز</u>** : و يعبر عنه كذلك بطالب التنفيذ و هو من يطلب إجراء التنفيذ باسمه ولمصلحته يشترط فيه شرطان , و هما الصفة و الأهلية .

---

(1)- D’après l’article 01 de l’ordonnance du 02 novembre 1945 « les huissiers de justice sont des officiers ministériels qui ont seuls qualité pour signifier les actes et les exploits , faire les notifications prescrites par les lois et règlements lorsque le mode de notification n’a pas été précise et ramener a exécution les décisions de justice , ainsi que les actes ou titres en forme exécutoire » .

- et voir Serge Guinchard – Tony Moussa , op-cit , p 204.

(2) – كانت وظيفة المحضر القضائي في العهد القديم قليلة الاعتبار ، بحيث كان من الصعب العثور على من يرغب العمل فيها و من ثم كان لا يقتضي في حقهم أي شرط من شروط الكفاءة ، و لا حتى الإلمام بالقراءة و الكتابة ، و غاية ما في الأمر أنهم كانوا يؤدون امتحانا شفويا ليتبين أنهم قادرون على عمل محضر شفهي procés verbal ، و كان هذا اللفظ يستعمل في ذلك العهد بمعناه الحقيقي واقعة شفهية يراد به مجرد التعبير باللسان ,

– أنظر في هذا الشأن د / أحمد محمد محشيش ، المرجع السابق ، ص 218 .

- et voir , Gerard Couchez , op-cit, p 59 .

**أ – <u>الصفة</u> :** الصفة في التنفيذ ترتبط بالحق في التنفيذ , و لذلك يجب أن يظهر اسم طالب التنفيذ كدائن في السند التنفيذي باعتباره صاحب الحق الموضوعي , حتى و لم لم يكن كذلك في الواقع لأنه طالما شهد السند التنفيذي على أنه صاحب الحق الموضوعي فهذا ما فيه الكفاية , و هذه نتيجة منطقية لمبدأ السند التنفيذي مفترض كاف للتنفيذ الجبري (1).

و تثبت الصفة في طالب التنفيذ سواء كان الدائن عاديا أو مرتهنا أو صاحب حق اختصاص أو حق امتياز , فالحق في التنفيذ متاح لكل دائن بغض النظر عن مرتبته , و بغض النظر عما إذا كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا ، عاما أو خاصا وطنيا أو أجنبيا مع مراعاة أن صفة الممثل القانوني للشخص الاعتباري ما هي إلا صفة إجرائية في ممارسة الإجراءات نيابة عن الشخص الاعتباري صاحب الصفة الموضوعية (2).

و يجب في طالب التنفيذ أن تكون له الصفة مند البداية حتى يكون التنفيذ صحيحا , فلا يكفي أن يبدأ التنفيذ بناءا على طلب من ليس له صفة في ذلك حتى و لو أصبح ذي صفة بعد ذلك , إذ يجب أن يشعر المدين بجدية الإجراء مند البداية حتى يدفعه ذلك إلى محاولة تلاشيه إن استطاع (3).

و ينتقل الحق في التنفيذ إلى خلف الدائن سواء كان خلفا عاما كالوارث و الموصى له بنسبة معينة من التركة أو كان خلفا خاصا و دائن الدائن الذي يباشر الدعوى غير المباشرة نيابة عن الدائن الذي تقاعس عن اقتضاء حقه لا يعتبر خلفا له , و لذلك يقال هنا بامتداد الصفة في التنفيذ و ليس بالخلافة في التنفيذ , و لهؤلاء صفة في طلب التنفيذ بمقتضى السند التنفيذي نفسه الذي كان لصالح السلف إذا لم يكن هذا الأخير قد طلبه , أما إذا كان قد طلبه من قبل , حل الخلف محله و تابع إجراءات التنفيذ من حيث وقفت دون إعادة ما تم منها و هذا وفقا للمادة 615 ق.إ.م.إ : ( إذا توفي المستفيد من السند التنفيذي قبل البدء في إجراءات التنفيذ أو قبل إتمامه , يجب على ورثته الذين يطلبون التنفيذ إثبات صفتهم بفريضة .

و إذا فقد المستفيد أهليته في إحدى هاتين المرحلتين , يقوم مقامه من ينوبه قانونا و يثبت ذلك بالطرق التي يحددها القانون .

---

(1) – راجع أيضا د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 268 .
(2) – راجع د / أحمد هنيدي ، المرجع السابق ، ص 37 .
– و راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 236 .
(3) – راجع د / أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 215 .

و إذا حصلت المنازعة في صفة الورثة أو في النيابة القانونية , و أثبت أحد الطرفين أنه رفع دعوى حول الصفة أمام قاضي الموضوع , يقوم المحضر القضائي بتحرير محضر بذلك يسلم نسخة منه إلى الطرفين و يدعوهما إلى متابعة دعواهما أمام الجهة القضائية المعينة.

و يجوز للدائن في الحالات المذكورة في الفقرات أعلاه , حفاظا على حقوقه , أن يقوم بإجراءات الحجز التحفظي على أموال مدينه , و الحجز في هذه الحالة لا يخضع للتثبيت , و يبقى صحيحا إلى حين الفصل في دعوى المنازعة في الصفة ) , أما المادة 616 من نفس القانون فتنص على جواز استكمال إجراءات التنفيذ , حيث نصت على : ( يجوز أن يستكمل التنفيذ من طرف جميع ورثة الدائن مجتمعين أو من أحدهم دون تفويض من باقي الورثة .

و في هذه الحالة تبرأ ذمة المنفذ عليه تجاه الورثة الآخرين الذين تنتقل حقوقهم إلى الشخص الذي سعى إلى التنفيذ ) , و تقابل هذه المواد في التشريع المصري المادة 283 مرافعات مصري , التي تنص على : ( من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن في حقه حل محله فيما اتخذ من إجراء التنفيذ ) .

وعليه تظهر الحكمة من هذا هي تفادي إعادة إجراءات التنفيذ مرة أخرى ممن حل محل الدائن واقتصادا في المصروفات , و هذا لا يضر بالمدين المحجوز عليه فهو الذي يتحمل في النهاية المصروفات **(1)**.

**ب – الأهليـة :** لا شك في أن طالب التنفيذ يهدف إلى الحصول على حق دون أن يقابله التزام يمس مال القائم به , و لما كان طلب التنفيذ من الأعمال النافعة فيكفي لمباشرتها أهلية الإدارة دون أهلية التصرف , و بناءا عليه يكون لهذا الأخير الحق في طلب التنفيذ حتى و لو كان ناقص الأهلية المأذون له بالإدارة , أما عديم الأهلية أو ناقصها و غير المأذون له بالإدارة ، فليس لأيهما أهلية طلب التنفيذ وإنما يكون ذلك للممثل القانوني أو القضائي .

---

(1) – راجع د/ عبد الحميد المنشاوي ، المرجع السابق ، ص 530 .
– و راجع أيضا د / أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 217 .

## الفرع الثاني
## المدين المحجوز عليه ( المنفذ ضده )

إذا كان طالب التنفيذ هو الطرف الإيجابي الذي يتخذ الإجراءات , فإن المنفذ ضده هو الطرف السلبي الذي تتخذ الإجراءات في مواجهته , و يشترط فيه ما يشترط في طالب التنفيذ من الصفة والأهلية مع اختلاف بعض المفاهيم .

أ – **الصفة في التنفيذ** : قد يكون المدين هو المسئول الشخصي عن الدين , و قد يكون كفيله الشخصي هو أيضا مسئول شخصيا عن الدين , أما الكفيل العيني و إن لم يكن غير مسئول شخصيا عن الدين فهو صاحب صفة في التنفيذ ضده , أما المدين المتضامن لا يعتبر مسئولا عن الدين الثابت في السند التنفيذي ما لم يكن اسمه مدرجا فيه , فهذا الأخير لا يستمد صفته في أن يكون منفذا ضده بمجرد التضامن , و إنما يستمد هذه الصفة من السند التنفيذي , و لا يكفي أن تتوافر صفة المدين في المنفذ ضده , بل يجب أن تتوافر فيه صفة المالك سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا , مع مراعاة ضرورة اتخاذ الإجراءات في مواجهة الممثل القانوني للشخص الاعتباري.

و يجيز القانون إمكانية التنفيذ ضد خلف المدين سواء كان خلف المدين سواء كان الخلف عام كالورثة مثلا أو كان الخلف خاص مثل من تمت حوالة الدين إليه أو نقلت الحيازة إليه , و يستوي أن تكون الخلافة قبل البدء في التنفيذ أو أثناءه , إذ المعروف أن لا تركة إلا بعد سداد الديون , إلا أن القانون وضع قاعدة تكفل حماية ورثة المدين , إذ تنص المادة 617 ق.إ.م.إ : ( إذا توفي المنفذ عليه قبل البدء في إجراءات التنفيذ , فلا يجوز التنفيذ ضد ورثته إلا بعد التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء إلى ورثته جملة , أو إلى أحدهم في موطن مورثهم , و إلزامهم بالوفاء وفقا لأحكام المادتين 612 و613 أعلاه ) , و تقابلها المادة 284 مرافعات مصري : ( إذا توفي المدين أو فقد أهليته أو زالت صفة من يباشر الإجراءات نيابة عنه قبل البدء في التنفيذ أو قبل إتمامه , فلا يجوز التنفيذ قبل ورثته أو من يقوم مقامه إلا بعد مضي ثمانية أيام من تاريخ إعلانهم بالسند التنفيذي .
و يجوز قبل انقضاء ثلاثة أيام من تاريخ وفاة المدين أن تعلن الأوراق المتعلقة بالتنفيذ لورثته جملة في آخر موطن كان لمورثهم بغير بيان أسمائهم و صفاتهم ) .

**ب – الأهلية** : مثلما يشترط في طالب التنفيذ أن تتوافر لديه الأهلية , فإنه يشترط كذلك في المنفذ عليه بل ليس هذا فحسب فإذا كان القانون يشترط في طالب التنفيذ أهلية الإدارة , فإنه يشترط أهلية التصرف في المنفذ ضده لأن التنفيذ من شأنه إخراج المال من مالكه , و القول بأن المشرع الجزائري لم يشترط صراحة في المنفذ عليه أن يكون أهلا للتصرفات القانونية أثناء التنفيذ , لأن الإجراءات تستهدف

ماله دون اعتبار لإرادته , و أن الغرض من التنفيذ الجبري أخذ مال المدين بغرض النظر عن موقف المنفذ عليه سواء قبل بالوفاء أو رفض الاستجابة يجانب نوعا ما الصواب , فإذا كان حقيقة أن التنفيذ الجبري يتم دون إرادة المنفذ عليه , إلا أن القانون وضع أحكام و قواعد تكفل نوع من الحماية لهذا الأخير و عليه لا نتصور مآل الإجراءات التي تنفذ ضد الشخص الناقص أو الفاقد الأهلية إلا إلى بطلان هذه الإجراءات و لعل ما يؤكد رأينا الفقرة الثانية من المادة 2/617 : ( إذا فقد المنفذ عليه أو زالت صفة من كان يباشر الإجراءات نيابة عنه قبل البدء في إجراءات التنفيذ أو قبل إتمامه , فلا يجوز التنفيذ إلا بعد التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء لمن قام مقامه في موطن المنفذ عليه , و إلزامه بالوفاء وفقا للمادتين 612 و 613 أعلاه ) [(1)].

## المطلب الثاني

## السندات التنفيذية القضائية

يقوم الحجز التنفيذي على فكرة ضبط المال و التمهيد لنزع الملكية و بيعه بيعا جبريا بالمزاد العلني و على هذا الأساس فإن الحجز التنفيذي لا يجوز توقيعه إلا بسند تنفيذي و هذا طبقا لقاعدة لا تنفيذ بلا سند تنفيذي nulla execution sine titulo[(2)].

و تعد فكرة السند التنفيذي من الأفكار الأساسية في نظرية التنفيذ القضائي , فقد تبلورت في نهاية القرون الوسطى في إيطاليا و فرنسا , إذ أنها وليدة النظم الجرمانية القديمة بالقانون الروماني , فقد بدأت الجامعات في إحياء دراسته في ذلك الوقت و هو يهتم بمصلحة الدائن في عدم القيام بالتنفيذ إلا بعد التحقق من وجود الحق الموضوعي , فقد كان التنفيذ في العادات الجرمانية طالما سار وفقا الأشكال الإجرائية أمام القاضي العام , فلم يكن هذا الأخير إلا إذا نازع الطرف الأخر في التنفيذ [(3)].

أما في عهد الرومان فقد غالى القانون الروماني في رعاية مصلحة المدين فلم يقنع باشتراط إقرار المدين أمام البريتور , و لم تكن الدعوى التنفيذية تخول للدائن سوى تكليف مدينه بالحضور أمام البريتور للتمسك بحقه في الدعوى التنفيذية , فإذا أقر المدين بذلك نفذ عليه أما إذا نازع فإن النزاع يعرض على القاضي لحسمه في خصومة جديدة فإذا ثبت عدم أحقية المدين في المنازعة عوقب بمبلغ مضاعف للدين و لكن الحكم الجديد لم يكن يرتب له سوى دعوى تنفيذية جديدة بحيث يمكن

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 21 .

(2) – أنظر القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 76 .

(3) – راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 37 .

المنازعة من جديد دون أن يباشر الدائن إجراءات التنفيذ للحصول على حقه حتى يتدخل البريتور في العمل بسلطاته الواسعة في الإجراءات لوضع حدا لها .

و في عصرنا الحالي ترتبط الصيغة التنفيذية عامة بالاعتبارات و التطورات التاريخية ارتباطا وثيقا الأمر الذي جعلها تختلف من عنصر لأخر و من بلد لآخر و ذلك حسب ما يتلاءم مع طبيعة المعاملات المالية وفقا لكل زمان و مكان (1).

**ففي فرنسا** نشأت الصيغة التنفيذية نتيجة الاستقلال الإقليمي بين السلطات القضائية الفرنسية فالمحررات الموثقة التي تصدر في إقليم معين لا تنفذ خارج هذا الإقليم إلا إذا كان هناك أمر تنفيذ بشأنها يمكن بواسطتها تنفيذ هذه المحررات خارج الإقليم الذي صدرت فيه (2).

و لما قامت الثورة الفرنسية كان من الطبيعي أن تلغى أوامر التنفيذ , و قد استقر الأمر على الاحتفاظ بالصيغة التنفيذية , و كان من الطبيعي أن تعدد قبل هذا الجهة التي تصدر عنها هذه الصيغة فقد كانت تصدر ثارة باسم الملك و ثارة باسم الأمة , و ثارة باسم نابليون , و أخيرا صدرت باسم الجمهورية الفرنسية (3).

و تظهر حكمة السند التنفيذي في أن لا يترك البدء في التنفيذ لهوى طرف من أطرافه أو لتحكم القائم به، و إنما يبدأ بناءا على أساس موضوعي كاف الدلالة على وجود حق جدير بالحماية التنفيذية فالتنفيذ بالحجز باعتباره مكنة قانونية قد يصل به في أغلب الحالات إلى حد نزع ملكية المدين لماله لهذا يجب أن لا يترك التنفيذ إلى إرادة الدائن فقد يتعرض المدين إلى تعسف الدائن في استعمال حقه و لو جعلنا التنفيذ يتوقف على رضاء المدين بحيث يمتنع لمجرد اعتراضه , فإن الدائن قد لا يصل أبدا إلى الحصول على تنفيذ حقه ، لأن المدين سيعارض دائما في إجراء التنفيذ مما يعني إهدار الحماية القانونية للحق (4).

---

(1) – كثيرا من الدول لا تأخذ بنظام الصيغة التنفيذية ، و مثال ذلك القانون اللبناني ، و القانون السوداني ، و القانون السعودي والقانون العراقي .

– للمزيد راجع د / أحمد محمد محشيش ، المرجع السابق ، ص 132 .

(2) – راجع د / أحمد خليفة شرقاوي أحمد ، القوة التنفيذية للمحررات الموثقة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة مصر ، طبعة 2007 ، ص 390 .

(3) – لقد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية أن السندات التنفيذية هي سندات شخصية و بالتالي لإبطال جميع الإجراءات المتخذة ضد شخص لم يذكر في السند :

Toute exécution forcée implique que le créancier soit muni d'un titre
exécutoire a l'égard de la personne même qui doit exécuter et que le titre délivrer a l'encontre d'une société n'emporte pas le droit de saisir........ les créanciers des associer) com. 26 oct 1999, guris-date n° 003857, civ 2, revue trimestrielle 2000, édition Dalloz, p 167.

(4) – القروي بشير سرحان ،المرجع السابق ، ص 78 .

و ليس من الملائم أن يترك للموظف القائم بالتنفيذ و هو أساسا المحضر القضائي , سلطة التحقق من وجود الحق الموضوعي المراد حمايته قبل البدء في التنفيذ , لأن هذا يتجاوز وظيفته التنفيذية كما يؤدي إلى عرقلة التنفيذ و تعطيله , لهذا كله يفرض القانون السند التنفيذي كأساس قانوني للتنفيذ , يدل دلالة قاطعة على وجود الحق الموضوعي قبل بدايته , و لا يعني هذا أن السند التنفيذي يضمن يقينا مطلقا و نهائيا , لكنه مع هذا يضمن يقينا نسبيا أي احتمالا كبيرا بوجود الحق , بحيث يبدأ التنفيذ على أرض صلبة إلى حد ما و لا يكون مجرد أداة لهوى الأفراد و خصامهم , و إذا أراد المدين أن ينازع في وجود الحق الموضوعي فإن هذا لا يحول دون البدء في التنفيذ و الاستمرار فيه على نحو صحيح و يقع عليه اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة من أجل وقف التنفيذ و لا يزال أثر السند التنفيذي بالنسبة للتنفيذ , إلا إذا نجح في إثبات ما يدعيه و حصل على حكم قضائي في هذا الشأن .

و يبدو السند التنفيذي في شكل وثيقة أو مستند كتابي توضع عليه صيغة معينة و هي الصيغة التنفيذية الواردة في نص المادة 601 من ق.إ.م.إ : ( لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون , إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي , ممهورة بالصيغة التنفيذية الآتية :

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

**و تنتهي بالصيغة التالية :**

**أ – <u>في المواد المدنية</u> :** و بناءا على ما تقدم , فإن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية تدعو و تأمر جميع المحضرين , و كذا كل الأعوان الذين طلب إليهم ذلك , تنفيذ هذا الحكم القرار..... و على النواب العامين و وكلاء الجمهورية لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه وعلى جميع قادة وضباط القوة العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء , إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية .

**ب– <u>في المواد الإدارية</u> :** الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية , تدعو و تأمر الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي , و كل مسئول إداري لآخر , كل فيما يخصه , و تدعو وتأمر كل المحضرين المطلوب إليهم ذلك , فيما يتعلق بالإجراءات المتبعة ضد الخصوم الخواص أن يقوموا بتنفيذ هذا الحكم , القرار ...) [(1)].

(1) – يقرر الفقه الإسلامي : ( للقضاة و الأمراء من حكام المسلمين حق استعمال الصيغة التنفيذية التالية : ... و إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين و حكامهم ) .

– أنظر د / أحمد خليفة شرقاوي أحمد ، المرجع السابق ، ص 397 .

و تقابل المادة 601 من ق.إ.م.إ المادة 280 من قانون المرافعات المصري التي تنص على ما يلي : ( لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص القانون إلا بموجب صورة من السند التنفيذي عليها صيغة التنفيذ ) .

و تنص المادة 31 من نظام قانون القضاء المصري : ( يجب على المحضرين المطلوب منهم تنفيذ هذا الحكم أن يبادروا إلى تنفيذه , و على النائب العام و وكلائه أن يساعدوهم و على رؤساء وضباط العساكر و مأموري الضبط و الربط أن يعاونهم على إجراء التنفيذ باستعمال القوة الجبرية متى طلب منهم المساعدة و المعاونة بصورة قانونية ) (1).

**أما في فرنسا** لكي يتم تنفيذ حكم أو قرار ما يجب أن يكون مشمول بالصيغة التنفيذية , وقد تضمن المرسوم رقم 47–1047 الصادر بتاريخ 12 جوان 1947 المعدل بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 22 ديسمبر سنة 1958 , مضمون الصيغة التنفيذية , وقد نصت المادة الأولى من المرسوم السالف الذكر على مضمون الصيغة التنفيذية بما يلي : ( الجمهورية الفرنسية . باسم الشعب الفرنسي ).

و تنتهي بالصيغة التالية : و بالنتيجة , فإن الجمهورية الفرنسية تفوض و تأمر كل المحضرين القضائيين بتنفيذ هذا القرار أو هذا الحكم إذا طلب منهم , و على النواب العامون و وكلاء الجمهورية التابعين لمحاكم الاختصاص العام مد يد المساعدة , و على كل القادة و ضباط القوة العمومية مد يد المساعدة إذا طلب منهم ذلك بصفة قانونية ) (2).

و نشير أن أي حكم أو قرار قضائي لا يمكن تنفيذه إلا بتوافر شروط معينة يخص البعض منها السند التنفيذي في حد ذاته , حيث يجب أن يتضمن السند التنفيذي ثلاث بيانات أساسية و هي الصيغة التنفيذية تحديد الأداء المطلوب الوفاء به من طرف المدين , و أخيرا تحديد شخص المدين , أما الشروط الأخرى فهي أن يحوز السند على قوة الشيء المقضي به , و في الأخير يجب تبليغ الحكم أو القرار المرد تنفيذه و قد أبطلت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر عن الغرفة المدنية الثانية بتاريخ 25 فيفري 1998 , حجزين ما للمدين لدى الغير , بسبب أن المستفيد من السند الذي اكتسى حجية الشيء المقضي فيه لم يقدم الدليل على تبليغه لهذا السند إلى المدين (3).

و لقد أثار السند التنفيذي عدة خلافات فقهية , و قد تعددت النظريات لتحديد طبيعة السند التنفيذي ويمكن إرجاعها إلى ثلاث نظريات رئيسية و هي :

---

(1) - Serge Guinchard – Cecile Chainais – Frederique Fernand , procédure civile , droit interne et droit de l’union européenne , 30 édition , Dalloz 2010 , p 913 .
- et voir Serge Guinchard Et Tony Moussa , op-cit , p 09 .

(2) – ترجمة شخصية لنص المادة الأولى من المرسوم رقم 47–1047 الصادر بتاريخ 12 جوان 1947 .

(3)- Serge Guinchard , op-cit , p 35 .

**1– النظرية الأولى** : يرى أنصارها أن السند التنفيذي ليس سوى مستند يلزم تسليمه إلى رجال التنفيذ للقيام بالتنفيذ , تماما كالتذكرة التي يبرزها المسافر لمراقب القطار , و يعترف القانون لهذا المستند بفاعلية خاصة حيث يجعل الحق مؤكد على نحو كاف لتنفيذه , أي يجعله دليلا على الحق ولكنه ليس دليلا بسيطا , و إنما هو دليل قانوني , فهو من ناحية لا يترك مجالا لتقدير المحضر القضائي و من ناحية أخرى لا يقتصر إلى إثبات الواقعة المنشئة للحق مثل الأدلة الأخرى , و إنما يقوم دليلا على وجود الحق ذاته أي الأثر القانوني لهذه الواقعة .

* **نقد النظرية** : يؤخذ على هذه النظرية إذا كان السند التنفيذي يتجسم في وثيقة هي الصورة التنفيذية إلا أن هذه الصورة ليست إلا شكلا خارجيا أو وعاء للسند التنفيذي , أما جوهر السند فنجده في مضمون الصورة , لذا لا يكفي أن توضع الصيغة التنفيذية على ورقة حتى يكون لحاملها الحق في التنفيذ , و ذلك ما لم تتضمن هذه الورقة عملا من الأعمال التي يعترف لها القانون بقوة تنفيذية (1).

أما تكييف السند بأنه الدليل على وجود الحق فغير صحيح و يتنافى مع دوره القانوني , فالإثبات هو إقامة الدليل على واقعة قانونية , و الإدعاء بها أمام القضاء لإقناعه بوجودها و صحتها , أما السند التنفيذي فلا يثبت واقعة قانونية , و إنما يؤكد وجود حق جدير بالحماية التنفيذية , أي أنه لا يتجه إلى إقناع الموظف القائم بالتنفيذ بوجود الحق , فهذا الموظف ( المحضر القضائي ) لا يملك سلطة الاقتناع أو عدم الاقتناع و إنما يجب عليه أن ينفذ كلما طلب منه ذوي الشأن بوجود السند التنفيذي , و أما القول بأن السند التنفيذي دليل قانوني لا يثبت الواقعة و إنما الحق و لا يترك مجالا للتقدير فإنه يخرج بفكرة الإثبات عن معناه الفني , و يجعل تصوير السند كدليل أمر مصطنع و غير مقبول , و عليه يتنافى هذا التكييف مع الدور القانوني للسند التنفيذي , لأن القاعدة أن محل الدليل هو الذي يرتب الأثر القانوني فالعقد هو الذي يرتب الإلتزام و ليس الكتابة المثبتة له , و لو كان السند التنفيذي دليلا على الحق الموضوعي , فمعنى هذا أن الحق في التنفيذ لا ينشأ عن السند ذاته و يتعارض مع استقلال الحق في التنفيذ عن الحق الموضوعي (2).

**2 – النظرية الثانية** : يرى هؤلاء أن السند التنفيذي هو عمل تقريري , و من أنصاره الدكتور فتحي والي "جلاسيون تسبيه" و "موريل" , إذ يتجه الفقه الحديث إلى تصوير السند التنفيذي كعمل قانوني أما الصورة التنفيذية فهي الشكل الخارجي لهذا العمل , و إن اختلفوا في تحديد مضمون هذا السند فإن الاتجاه الغالب يراه عملا تقريريا يقتصر على تأكيد وجود الحق الموضوعي , و يكتسب بهذا التأكيد قوة تنفيذية

(1) – القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 79 .

(2) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 28 .

مستقلة عن الحق الموضوعي الذي يؤكده , و لذا يعد شرطا ضروريا و كافيا للتنفيذ ويرى أصحاب هذا الرأي أنه إذا كان الحكم القضائي هو الصورة النموذجية لهذا العمل التقريري , فإن هذا أيضا بالنسبة للسندات غير القضائية , ففي العقود الموثقة يعترف النظام القانوني بأن إرادة الأفراد توثيق العقد تكون تأكيدا كافيا للحق الموضوعي الناشئ عنه .

* **<u>نقد النظرية</u>** : يبدوا صحيحا أن تصوير السند التنفيذي كعمل قانوني , و تصوير المستند كشكل خارجي , لكنه لا يفسر على نحو مقنع القوة المستقلة للسند التنفيذي عن الحق الموضوعي , فطالما أنه مجرد تأكيد للحق الموضوعي فإنه يرتبط بهذا الحق و يفقد قوته بالتشكيك في وجوده , كما أنه ليس صحيحا أن مضمون الحكم القضائي هو مجرد تأكيد للحق , و إنما هو إعلان للإرادة القضائية للدولة بالنسبة للحق الموضوعي و أما تصوير إرادة الأطراف في العقود الموثقة بأنه عمل تقرير و ليس الإعلان عن إرادة فهو أمر يجافي الصواب [1].

**3 – <u>النظرية الثالثة</u>** : يتفادى عدد من الفقهاء الانتقادات السابقة بتصوير السند التنفيذي بأنه عمل قانوني من أعمال الإرادة , و يشرح الفقيه "فيزلاري" نظريته بأنه إذا كان واضحا بالنسبة للسندات غير القضائية , فإن حكم الإلزام و هو الحكم القضائي , الذي يصلح سندا تنفيذيا يتضمن أمرا موضوعيا للمحكوم عليه يحل محل الأمر الموضوعي الذي خالفه , أما تأكيد وجود الحق فهو مجرد مقدمة منطقية لهذا الأمر الذي يرد في منطوقه .

* **<u>نقد النظرية</u>** : إذا كان من الصحيح أن مضمون السند التنفيذي هو إعلان عن إرادة , فإنه ليس بالضرورة أن تكون هذه الإرادة هي الإرادة التصرفية , في العقد الموثق أو الأمر الموضوعي الذي يصدره القاضي للمحكوم عليه محل الأمر الموضوعي الذي خالفه إذ أن هذه الإرادة هي التي ترتب الحق الموضوعي أما الإرادة المكونة للسند التنفيذي و التي ترتب الحق في التنفيذ , فهي إرادة متميزة ذات طابع إجرائي , و هو حق مستقل في مصدره و أشخاصه و محله عن الحق الموضوعي [2].

هذا و كما سبق ذكره– فإن التنفيذ لا يكون إلا بموجب الصورة التنفيذية , و تتجسد في شكل وثيقة تتضمن عبارات محددة – قد سبق لنا الإشارة اليها– , يوقعها موظف مختص ترفق مع الحكم أو القرار القضائي أو العقود الموثقة ، و تسمى حينئذ " بالصورة التنفيذية " , ولا يجوز التنفيذ إلا بموجبها وتختلف هذه الصورة عن الصورة البسيطة أو العادية ( simple expédition ) التي يتم بموجبها التبليغ , كما تختلف عن نسخة الحكم الأصلية , وهذه هي الأصل الذي يؤخذ منه الصور الأخرى سواء كانت صورا تنفيذية أو صورا بسيطة , و يحفظ أصل الحكم بقلم كتاب الجهة القضائية إذ تنص المادة 278 ق.إ.م.إ

---

(1) – راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 37 .

(1) – المرجع نفسه ، ص 38 .

: ( يوقع على أصل الحكم , الرئيس و أمين الضبط و القاضي المقرر عند الاقتضاء ويحفظ أصل الحكم في أرشيف الجهة القضائية ) (1).

و عليه فالصورة البسيطة هي مجرد صورة طبق الأصل للحكم , و تعطى لكل شخص و لو لم يكن له شأن في الدعوى , لكن لا تخول من له مصلحة إلا فرصة الإطلاع على الحكم أو تبليغها للخصم لبدء سريان مواعيد الطعن , أما الصورة التنفيذية فلا تعطى إلا لمن صدر الحكم لمصلحته لأجل التنفيذ بموجبها , إذ تنص المادة 603 ق.إ.م.إ : ( لا تسلم إلا نسخة تنفيذية واحدة لكل مستفيد وإذا فقدت هذه النسخة ممن تسلمها قبل التنفيذ , يمكنه الحصول على نسخة **أخرى** ( النص الفرنسي ينص على نسخة **ثانية** ) بأمر على عريضة بالشروط الآتية(2):

1 – تقديم عريضة معللة , مؤرخة و موقعة منه.

2 – استدعاء جميع الأطراف استدعاء صحيحا بسعي من الطالب , للحضور أمام رئيس الجهة القضائية المختصة , لإبداء ملاحظاتهم التي يجب أن تدون في محضر يرفق مع أصل الأمر الذي سيصدر .

في جميع الحالات يجب أن يكون الأمر الصادر عن رئيس الجهة القضائية مسببا , يمكن مراجعة أمر الرفض , متى استوفت شروط منح نسخة تنفيذية ثانية ).

---

(1) – قد يحدث خطأ أو إخلال من الشخص عند وضع الصيغة التنفيذية على محرر غير صالح لسبب ما ، على فرض حدوث نقص أو زيادة في ألفاظ الصيغة التنفيذية المحددة قانونا ، فهل يؤثر ذلك الخطأ أو هذا الإخلال على المحرر السند باعتباره سندا تنفيذيا ؟

– ذهب بعض الفقه إلى القول بأن الصيغة التنفيذية إذا تم وضعها بطريق الخطأ على محرر لم يعترف له القانون بالقوة التنفيذية ,يترتب عليه بطلان إجراءات التنفيذ التي اتخذت بناءا على المحرر ، و البطلان في هذه الحالة هو بطلان مطلق لتعلقه بالنظام العام و من ثم يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به ، كما يجوز للمحكمة أن تقضي به و لو من تلقاء نفسها .

و يسري بشأن هذا البطلان القواعد العامة المقررة لبطلان العمل الإجرائي ، و عليه فيحكم به و لو لم يكن منصوص عليه متى أدى هذا الإخلال إلى التجهيل بالصيغة التنفيذية ، أو فوات الغرض المقصود منها . و ذهب البعض الآخر من الفقه إلى القول بأن الإخلال بأحكام الصيغة التنفيذية بالزيادة أو النقصان لا يؤدي إلى بطلان المحرر السند التنفيذي أو الأعمال التنفيذية ، بل تظهر هذه الأعمال على وضعها أعمال إجرائية صحيحة مقيدة البعض بعدم تمسك صاحب الشأن بالبطلان .

– وذهب فريق ثالث من الفقهاء إلى القول بأن الإخلال بأحكام الصيغة التنفيذية إذا أدى إلى البطلان ، فإنما يؤدي إلى بطلان الإجراءات التنفيذية التي تتمثل في عدم جوز التنفيذ ، و الحق في الامتناع من إجرائه بمقتضى السند الذي وقع الإخلال في صيغة التنفيذ ، و لا ينسحب هذا البطلان إلى السند ذاته ، حيث يظل صحيحا ، غاية الأمر أنه لا يمكن التنفيذ به إلا بعد تصحيح صيغته التنفيذية .

– أنظر د / أحمد خليفة شرقاوي أحمد ، المرجع السابق ، ص 393–394 .

(2) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 138 .

**أما في مصر** فإن الأمر يختلف , إذ أن المشرع المصري تشدد في إجراءات تسليم صورة ثانية للنسخة التنفيذية , فالأصل أنه لا يجوز إعطاء صاحب الحق في التنفيذ أكثر من صورة واحدة الصورة شكل للسند التنفيذي و تعددها يعني تعدد السندات في يده مما يفتح الباب للتلاعب بالتنفيذ أكثر من مرة خاصة و أن المحكوم عليه قد يوفي بالمبلغ أو بجزء منه , لذا يتطلب القانون المصري لتفادي وقوع كل هذا يجب رفع دعوى بالإجراءات المعتادة أمام المحكمة التي أصدرت الحكم , أو قاضي الأمور المستعجلة بالنسبة للمحررات الموثقة , و المحكمة تتحقق في هذا من سبق وجود السند و ضياع صورته الأولى , إلا أن الفقه المصري يقر بجواز لكاتب المحكمة تسليم صورة ثانية في حالة ضياعها دون حاجة إلى حكم من انتفاء أي منازعة حول تسليمها , و ذلك بإقرار جميع الخصوم أمامه على موافقتهم على تسليم هذه الصورة [1].

## الفرع الأول
## الأحكام و القرارات القضائية

تعتبر الأحكام الصادرة عن القضاء من أهم السندات التنفيذية , فهي أكثر السندات شيوعا في الحياة العملية و أكثرها تأكيدا لوجود الحق على نحو يجعلها جديرة بأن يسبغ عليها المشرع حماية تنفيذية [2].

و السند التنفيذي "هو ورقة أو محرر له مضمون معين – لا يعرف القانون الإجرائي السند التنفيذي الشفوي , فهو إذن محرر مكتوب به بيانات معينة و شكل خاص و تواقيع و أختام حددها القانون " و السند التنفيذي يجب أن يكون موجودا و قائما قبل البدء في التنفيذ , فإذا شرع في التنفيذ قبل الحصول على هذا السند كان هذا التنفيذ باطلا , حتى و لو وجد مستند تنفيذي يؤيد ذلك , لأن الوجود اللاحق لا يؤدي إلى تصحيح ما تم اتخاذه من تنفيذ باطل [3].

---

(1) – تجدر الإشارة إلى أن التشريعات المختلفة تتردد في تحديد السندات التنفيذية إلى ثلاث اتجاهات و هي : 1 – نظم مضيقة تحدد السندات التنفيذية بالأحكام و القرارات القضائية ، 2 – نظم تتوسط بين التقييد و الإطلاق ، 3 – نظم مطلقة تطلق السندات التنفيذية , بحيث تشمل الأحكام و السندات الرسمية و العادية و الأوراق القابلة للتداول ، و قد أخذ بالنظام الأول القانون الإنجليزي و القانون السوداني ، و بالنظام الثاني القانون الفرنسي و القانون الجزائري و القانون المصري ، أما عن النظام الأخير فأخذت به غالبية القوانين ، كالقانون الإيطالي و اللبناني ، و القانون العراقي ، و قانون التنفيذ الأردني . أنظر د / عباس العبودي ، المرجع السابق ، الهامش ، ص 13 .

(2) – راجع د / أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 33 .

(3) – راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 19–20 .

– و راجع أ / أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 56.

و الأحكام القضائية قد تكون صادرة عن القضاء الوطني , أو قضاء دول أجنبية , و عليه يختلف الحكم بصدد تنفيذ حكم صادر عن القضاء الوطني , عن الحكم الصادر عن الجهات القضائية الأجنبية.

**1- <u>الأحكام و القرارات الصادرة عن الجهات القضائية الوطنية</u> :** تعد الأحكام القضائية أهم السندات التنفيذية , فهي تؤكد الحق الموضوعي على نحو لا تفعله أي من السندات الأخرى , فهي من جهة يحيط بتكوينها ضمانات كافية لبلوغ الحقيقة , حيث تصدر من قاضي في خصومة قضائية بعد تحقق وقائع الدعوى و أدلتها , و من جهة أخرى يكفل القانون لها فعالية حاسمة في تأكيد الحق عن طريق حجية الأمر المقضي فيه (1).

**و تجب الإشارة إلى أن الأحكام تنقسم بحسب نوعية الحماية الوقتية على المراكز القانونية إلى نوعين و هما :**

- أحكام بالحماية القضائية الوقتية , كالأحكام المستعجلة , و الأحكام الصادرة بإجراء مؤقت تهدف إلى اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي لحماية أصل الحق .

- أما النوع الثاني من الأحكام القضائية الصادرة بالحماية الموضوعية , أي الصادرة في أصل الحق أو في مسألة متفرعة منه , أو مسألة متعلقة به فلا تقبل كلها التنفيذ الجبري , و إنما يقبل هذا التنفيذ ما يكون من هذه الأحكام حائزة للقوة التنفيذية.

و عليه فيقصد بالأحكام في هذا المقام الأحكام الموضوعية التي تصدر على خصم متضمنة منفعة للخصم الأخر ومن المتفق عليه فقها و قضاء أن الأحكام التي تنفذ جبرا هي فقط أحكام الإلزام jugement de condamnation , وذلك دون الأحكام المقررة للحق الموضوعي أو لوضع قانوني معين (2).

**و عليه تنقسم الأحكام الموضوعية إلى ثلاث أقسام و هي :**

**أ – <u>الأحكام التقريرية</u> :** و هي الأحكام الصادرة في الدعاوى التقريرية , فهذه الأخيرة تهدف إلى تقدير ما هو كائن و إثبات حالته كدعوى إثبات ملكية , أو تقرير صحة , أو بطلان عقد , أو ثبوت نسب وغيرها من الحالات التي يتقرر بها وجود الحق و ثبوته بموجب الحكم القضائي , وعلى اعتبار أن هذه الأحكام لا تضيف إلى المركز الواقعي أي عنصر جديد , ومنه لا يوجد في مثل هذا الحكم أي إلزام يقع على عاتق المدين و يقتضي تنفيذه جبرا , وبالتالي يكون هذا الحكم فاقد للقوة التنفيذية ولا يعتبر بمثابة سند تنفيذي ولكن هذا لا ينفي عليه صفة الحكم القضائي الحائز لحجية الشيء المقضي به.

---

(1) – راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 22 .

(2) – راجع د / فتحي والي / المرجع السابق ، ص 41 .

– و راجع أيضا د / محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 43 .

**ب – الأحكام المنشئة** : و هي الأحكام التي يترتب على صدورها إنشاء أو تعديل أو تغيير في الحقوق و المراكز القانونية السابقة عن صدورها , و مثال ذلك الحكم بتطليق زوجة , أو شهر إفلاس تاجر أوحل جمعية , أو تصفية شركة , و هذه الأحكام لا تتضمن إلزام بأداء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل , و بالتالي فالدائن و المحكم له ليس في حاجة إلى تنفيذ هذا الحكم لترتيب آثاره لأن هذه الآثار تترتب من محض واقعة صدور الحكم , و بالتالي لا مجال للحديث في هذا الصدد عن تنفيذ عادي أو معجل لمثل هذه الأحكام .

**ج – أحكام الإلزام** : يعتبر هذا الصنف من الأحكام سندات تنفيذية بالمعنى الدقيق , فهي تصدر بإلزام المحكوم عليه بأداء ما قد يكون إعطاء شيء , أو القيام بعمل , أو الامتناع عن عمل , و عليه فإذا ما التزم المدين بالأداء بتنفيذ التزاماته لا يطرح أي إشكال , أما في حالة تعنته يتدخل المشرع بوضع المسائل القانونية الكفيلة بإجبار المدين بتنفيذ التزاماته جبرا , و بالتالي يكون هذا الحكم بإلزام هو الوحيد الحائز على القوة التنفيذية الذي يجوز بشروط محددة الشروع في تنفيذه جبرا لكي يحصل المحكوم له على الحق , أو الميزة أو المنفعة التي قررها له مثل هذا الحكم [(1)].

و القاعدة العامة في تنفيذ الأحكام أنه لا يجوز تنفيذها ما بقيت قابلة للطعن فيها بطريق طعن عادي , وإنما يجوز تنفيذها بعد فوات مواعيد الطعن بهذين الطريقين , أو الفصل فيهما إن كان قد رفعا وأساس هذا أنه لا محل لتنفيذ حكم لا تزال حجيته غير ثابتة , و أن الصلاحية للتنفيذ لا تكون إلا للأحكام التي بلغت حجيتها درجة من الاستقرار إما لفوات مواعيد الطعن فيها بالمعارضة و الاستئناف و إما لتأييدها بعد الطعن فيها بهذين الطريقين كما سبق ذكره , إذ تنص المادة 323 ق.إ.م.إ : ( يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي كما يوقف بسبب ممارسته ) , وعليه وبالرجوع لنص المادة 313 الفقرة الأولى من نفس القانون التي تنص على : ( طرق الطعن العادية هي الاستئناف و المعارضة ) أما إذا كان الحكم يخضع لطرق الطعن غير العادية فإنه لا يوقف تنفيذ الحكم , وهذا ما نصت عليه المادة 348 من نفس القانون , حيث نصت على : ( ليس لطرق الطعن غير العادية و لا لأجال ممارسته أثر موقف , ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) وحسب المادة 313 في فقرتها الثانية تحدد طرق الطعن غير العادية كما يلي : ( طرق الطعن غير العادية هي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة و التماس إعادة النظر و الطعن بالنقض ) , ولكن بالرجوع إلى نص المادة 361 من نفس القانون فقد تضمنت استثناء عن نص المادة 348 من نفس القانون حالتين أين يكون للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا أثر موقف , وقد نصت المادة 361 على :( لا يرتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار

(1) – راجع د / عبد الحميد المنشاوي ، المرجع السابق ، ص 510 .
– و راجع د / العربي الشحط عبد القادر – نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 67 .

ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم و في دعوى التزوير ) .

و قد جاء في إحدى حيثيات قرار للمحكمة العليا الصادر عن الغرفة التجارية و البحرية تحت رقم 48120 الصادر بتاريخ 1988.03.13 : ( إذا كان مؤدى المادة 238 من قانون الإجراءات المدنية يقضي بأنه ليس للطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى أثر موقف إلا في حالتين و هما :

إذا تعلق الأمر بحالة الأشخاص و أهليتهم أو في حالة وجود دعوى تزوير فرعية , و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون , و لما كان ثابتا في قضية الحال أن رئيس المجلس القضائي لما قضى بوقف تنفيذ قرار نهائي حامل للصيغة التنفيذية بحجة أن القرار طعن فيه بالنقض بينما في قضية الحال ليس لها أثر موقف يكون بقضائه كما فعل قد تجاوز سلطته وأخطأ في تطبيق القانون ) [(1)].

و جاء في قرار أخر للمحكمة العليا تحت رقم 32066 مؤرخ في 1984.04.02 : ( متى كان من المقرر قانونا أنه ليس للطعن بالنقض أثر موقف إلا تعلق الأمر بحالة الأشخاص و أهليتهم , فإن القرار القاضي بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدم الأساس القانوني , إذا كان الثابت من القرار الذي أمر بتسجيل الزواج بين طرفي النزاع في الحالة المدنية طعن فيه بالنقض من قبل الطاعن , و قد نقض فعلا من طرف المجلس الأعلى , فإن قضاة الموضوع بقضائهم في الدعوى بترجيع الزوجة إلى محل الزوجية و دفع نفقة لها دون وقف الفصل في هذه الدعوى لحين البث فيها في المجلس الأعلى يكون قد عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني ) [(2)].

**و في فرنسا** فإن الحكم في التشريع الفرنسي هو نفسه في التشريع الجزائري , حيث أن الطعن بالنقض في القانون الفرنسي عامة لا يترتب عليه وقف تنفيذ الحكم , و لكن هناك حالات مستثناة من هذه القاعدة يترتب في بعضها على مجرد قابلية الحكم للطعن بالنقض وقف تنفيذه حتى يسقط الحق في الطعن , و يترتب وقف تنفيذ الحكم في البعض الأخر على رفع الطعن فعلا [(3)].

**و أما في مصر** فقد استحدث المشرع المصري بموجب المادة 251 مرافعات مصري على شروط لوقف تنفيذ الحكم , و هـي طلب وقف التنفيذ فـي صحيفة الطعن , و أن يكـون هـذا الطلب قبل إتمام

---

(1) – قرار رقم 48120 الصادر عن الغرفة التجارية و البحرية ، بتاريخ 1988.03.13 ، منشور في المجلة القضائية ، العدد الرابع الجزائر ، سنة 1999 ، ص 193.

(2) – قرار رقم 32066 مؤرخ في 1984.04.02 منشور في المجلة القضائية ، العدد الثاني , الجزائر ، سنة 1989 ، ص 57 و أنظر القرار رقم 94675 المؤرخ في 1993.07.13 ، منشور في المجلة القضائية ، العدد الأول ، الجزائر ، سنة 1994 ص 85.

(3) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 21 .

التنفيذ , و أن يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه , و يعرف البعض الضرر الجسيم بأنه الضرر الذي يقع على مال ذي قيمة استثنائية خاصة مما يؤدي إلى التأثير في الحالة المالية أو الأدبية للمحكوم عليه بدرجة كبيرة , ولمحكمة النقض المصرية السلطة التقديرية في الأمر بوقف التنفيذ غير أنه أعطى سلطة وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض للمحكمة التي أصدرت الحكم , كما أورد المشرع المصري نصا جديدا يخول للمحكمة التي يطعن أمامها بالتماس إعادة النظر أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه وهذا بموجب المادة 224 الفقرة الثانية من قانون المرافعات المصري (1).

و الأصل في الأحكام القضائية أن لا تنفذ جبرا إلا إذا كانت نهائية , نظرا لما سبقت الإشارة إليه من أنها تكون قد وصلت إلى درجة من الثبات و الاستقرار نطمئن معها إلى عدم إلغاء ما تم من إجراءات التنفيذ التي تستغرق عادة وقتا و جهدا , و تستنزف نفقات كثيرة , مما يعني أنه لو أعيد الحال إلى ما كانت عليه لتحقق هدرا إجرائيا عظيما (2).

غير أنه , و استثناء من القاعدة العامة صمم المشرع نظاما لما يعرف " بالنفاذ المعجل" , أي تنفيذ الحكم قبل الأوان الطبيعي أي قبل صيرورته حكما نهائيا , و هو نظام قديم أملاه حرص المشرع على إقامة مجموعة متداخلة من التوازنات المتعارضة .

فمن ناحية حرص المشرع على صيانة مصلحة المحكوم له الذي قد يضار من تأخير الحصول على الحماية الوقتية , ومن عوارض النظام القانوني عارض التأخير الذي نواجهه بما يعرف بالحماية الوقتية المستعجلة , ويعد النفاذ المعجل ضربا من ضروب هذه الحماية تغلبا على فكرة الوقت ومن ناحية أخرى قدر المشرع أن حق المحكوم له قد يكون له مستند قوي بحيث يكون احتمال تأييد الحكم الابتدائي المشمول بالنفاذ المعجل أمام محكمة الاستئناف احتمالا قويا , ومن ناحية ثالثة حاول المشرع بهذا النظام تلافي الممارسات التسويفية التي قد تبدو من المحكوم عليه لتأخير اتنفيذ استغلالا للأثر الموقف للطعن فمنح المشرع للمحكوم له ميزة النفاذ المعجل قبل أن تستقر حجية الحكم المطعون فيه (3).

إذن فإن القاعدة العامة في تنفيذ الأحكام هي عدم جواز تنفيذها ما دامت قابلة للطعن فيها بالاستئناف أو المعارضة , إلا أن المشرع الجزائري و على غرار التشريعات الأخرى قد أجاز تنفيذها تنفيذا معجلا ، و يوصف هذا النوع من التنفيذ تمييزا له عن التنفيذ طبقا للقواعد العامة بأنه تنفيذ مؤقت لأن صحته متوقفة على نتيجة الطعن في الحكم بالمعارضة و الاستئناف , إن تأييد الحكم ثبت ما تم من

---

(1) – راجع أيضا د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 101 .
(2) – راجع د / محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 45 .
(3) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 58 .

تنفيذ مؤقت , و إن ألغى الحكم ما تم بمقتضاه من تنفيذ مؤقت كما يوصف أيضا بأنه تنفيذ معجل لأنه يحصل قبل الأوان الطبيعي لتنفيذ الأحكام فالأوان الطبيعي لتنفيذها يكون عند صيرورتها حائزة لقوة الشيء المقضي فيه (1).

فالأحكام العادية لا تنفذ إلا بمقتضى الصورة التنفيذية للحكم التي تستغرق استخراجها بعض الوقت نظرا لضرورة كتابة الحكم و نسخه و توقيعه قبل إعطاء صورة منه أما بالنسبة للأمور المستعجلة فيحق التنفيذ على مسودة الأمر ذاته و ذلك تفاديا لضياع الوقت و رغبة في الاستعجال وعليه هناك نفاذ معجل يلحق الحكم بقوة القانون , وهو مستمد مباشرة من أمر المشرع فلا حاجة للخصوم في طلبه من المحكمة و لا داعي للنص عليه في الحكم , فهو ملتصق بالحكم تلقائيا وبغض النظر عن رغبة القاضي أو طرفي الخصومة , وقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 2/323 ق.إ.م.إ :( باستثناء الأحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون , يؤمر بالنفاذ المعجل , رغم المعارضة والاستئناف عند طلبه في جميع الحالات التي يحكم فيها بناء على عقد رسمي أو وعد معترف به أو حكم سابق حاز قوة الشيء المقضي به ,أو في مادة النفقة أو منح مسكن الزوجية لمن أسندت له الحضانة , يجوز للقاضي في جميع الأحوال الأخرى أن يأمر في حالة الاستعجال بالنفاذ المعجل بكفالة أو بدون كفالة) (2).

و عليه فمن خلال مضمون المادة 323 ق.إ.م.إ فإن النفاذ المعجل إما أن يكون وجوبيا و هذا في حالات حددها المشرع على سبيل الحصر و يحكم به القاضي إذا توافر الشرطان المنصوص عليهما بموجب المادة السالفة الذكر , وهذان الشرطان هما طلب المدعي من المحكمة الحكم له بالنفاذ المعجل والشرط الثاني أن يكون طلب النفاذ المعجل من ضمن الحالات التي تضمنتها المادة 323 ق.إ.م.إ و هناك حالات أخرى يكون فيها التنفيذ المعجل جوازيا , و هنا يترك الأمر لتقدير القاضي كما له أن يحكم بتنفيذ الحكم بكفالة أو بغير كفالة .

و قد نص القانون التجاري في المادة 227 على : ( على أن جميع الأحكام و الأوامر الصادرة بمقتضى هذا الباب ( تشير المادة إلى الباب الأول من الكتاب الثالث الخاص بالإفلاس و التسوية القضائية ) تكون معجلة التنفيذ رغم المعارضة أو الاستئناف , و ذلك باستثناء الحكم الذي يقضي بالمصادقة على الصلح ) (3).

---

(1) – راجع د / محمد حسنين ، نفس المرجع ، ص 53.

(2) – راجع د / طاهري زكريا ، شرح وجيز لقانون الإجراءات المدنية ، زكريا المنشورات القانونية ، الطبعة الأولى ، الجزائر 1992 ص 64 .

(3) – راجع المواد 227– 228– 213 إلى المادة 234 المتعلقة بالإفلاس و التسوية القضائية من الأمر رقم 75–59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 ديسمبر 1975 و المتضمن القانون التجاري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، طبعة 1992 .

**أما في مصر** فقد تضمن التشريع المصري النص على حالات النفاذ المعجل سواء كان نافذا معجلا بقوة القانون أو النفاذ المعجل القضائي أي الجوازي , ففيما يخص التنفيذ المعجل بقوة القانون فقد نصت عليها المادة 288 و المادة 289 مرافعات مصري , و قد تضمنت المادتان على ثلاث حالات يكون التنفيذ فيها معجلا بقوة القانون و هي حالة الأحكام المستعجلة , و الأحكام الصادرة في الدعاوى التجارية و الأوامر على العرائض , كما أضافت المادة 65 من القانون رقم 01 لسنة 2000 الخاص بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية حالة يكون فيها الحكم مشمولا بالنفاذ المعجل بقوة القانون , و هو الحكم الصادر بأداء النفقات و الأجور و المصروفات و ما في حكمها , و الحكم بتسليم الصغير و رؤيته (1).

و إلى جانب النفاذ المعجل بقوة القانون , هناك حالات أين يكون فيها النفاذ المعجل بأمر من القاضي و هذا ما نصت عليه المادة 571 مرافعات مصري , و لا يتم الأمر بالنفاذ المعجل من طرف القاضي إلا إذا طلب المحكوم له بذلك , و عليه فالقاضي لا يستطيع أن يقضي به من تلقاء نفسه و إلا حكم بأكثر مما يطلبه الخصوم , و يجب على المحكمة في حكمها باشتماله على قوة النفاذ المعجل و أن تبين الأسباب التي استندت إليها في ذلك , و إلا كان الحكم فيما يتعلق بالنفاذ المعجل باطلا (2).

**و في فرنسا** فإن المشرع الفرنسي كذلك قد نظم أحكام التنفيذ المعجل بموجب المادة 2/514 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي , و النفاذ المعجل في التشريع الفرنسي يمكن أن يكون قانونيا أو يمكن قضائيا , فالسندات التي يمكن تنفيذها تنفيذا معجلا بقوة القانون هي الأوامر الإستعجالية , الأحكام التي تتضمن اتخاذ إجراءات مؤقتة , و كذلك الأحكام التي تتضمن توقيع إجراءات تحفظية , بالإضافة إلى الأوامر القضائية التي تخول حقا للدائن قبل الحكم في الدعوى , و أما بالنسبة للنفاذ المعجل القضائي فإنه يكون بناءا على طلب الدائن , و يجب أن يكون ضروري و متوافق مع طبيعة الدعوى و هذا ما تضمنته المادة 515 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي (3).

---

(1) – يقصد بالنفاذ المعجل بقوة القانون ، أن الحكم القضائي في هذه الحالات يصدر مشمولا بالنفاذ المعجل بشكل حتمي و تلقائي بغير حاجة إلى تدخل القاضي أو الخصوم في ذلك ، و هي حالات حددها المشرع لاعتبارات تتعلق بفكرة الحماية القضائية المستعجلة و بالفكرة القائمة على الخشية من خطر التأخير في إتباع الإجراءات المعتادة ، و ما ستسبب عنه من ضرر لا يمكن تداركه .

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجعه السابق ، ص 66 .

– و راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 46 .

– و راجع أيضا د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 63 .

(3) – voir Claude brenner , op-cit , p 44 .

**2 – <u>الأحكام و القرارات الصادرة عن جهات القضاء الأجنبية</u> :** قد يحدث و أن يتخاصم شخصان لدى جهة قضائية أجنبية , إلا أن تنفيذ الحكم يكون في دولة أخرى مما يطرح معه مشكلة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية , و قد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد أحكام تتعلق بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في الجزائر فقد نصت المادة 605 على : " لا يجوز تنفيذ الأوامر و الأحكام و القرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية , متى استوفت الشروط الآتية :

1 – ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص .

2 – حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه .

3 – ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية و أثير من المدعى عليه .

4 – ألا تتضمن ما يخالف النظام العام و الآداب العامة في الجزائر " [(1)].

و أما المادة 607 فقد تضمنت إجراءات طلب الصيغة التنفيذية , إذ تتم أمام محكمة مقر المجلس الذي يوجد في دائرتها موطن المنفذ عليه , أو الأموال التي يراد التنفيذ عليها .

**و بالنسبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر** فقد تضمن قانون المرافعات في المواد 296 إلى المادة 301 أحكاما تتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية , إذ يجري الأحكام الأجنبية بنفس شروط تنفيذ الأحكام و الأوامر المصرية فيه , و بالتالي فإن المشرع المصري قد طبق مبدأ المعاملة بالمثل في تنفيذ الأحكام .

**و أما بالنسبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية في فرنسا** , فقد تضمن قانون المرافعات الفرنسي أحكاما تتعلق بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في فرنسا , إذ يشترط أن يكون الحكم القضائي الأجنبي مشمول بالصيغة في البلد الأصلي , أو أن يحترم الحكم ضمانات الدفاع , و لا يتضمن الحكم ما يخالف القواعد التي تحمي الشخص و كراماته , و قد نصت المادة 509 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على شروط إضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم الأجنبي , و في هذا الصدد نشير أن الأحكام القضائية الصادرة عن قضاء دول الإتحاد الأوروبي تخض لأحكام للتوجيهات الصادرة عن البرلمان الأوروبي .

---

(1) – نشير فقط بصدد تنفيذ الأحكام الأجنبية هناك نظامان ، الأول هو" نظام المراجعة système de révision " ، حيث يتولى المحكمة التي يطلب منها منح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ فتتولى فحص موضوع وأما النظام الثاني هو" نظام المراقبة système de contrôle" ففي هذا النظام يحتفظ الحكم بحجيته ، و تراقب المحكمة صحة الصفة الدولية و توافر شروط معينة في الحكم وهذا النظام متبع في كل من الجزائر و فرنسا ، و أما النظام الثالث فهو نظام "إعادة التقاضي " إذ يتم رفع الدعوى مجددا ، و هذا النظام الأنجلوسكسوني .

# الفرع الثاني
# قرارات المجالس القضائية و المحكمة العليا

تعتبر المجالس القضائية ، و مجلس الدولة ، و المحكمة العليا جهات طعن في الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى , وقد تكون في مصر هي المحكمة الاستئنافية سواء كانت المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية , أو محكمة الاستئناف العالي أو محكمة التمييز , أما في فرنسا فهي مجلس الاستئناف .

فحينما تنظر المجالس القضائية في الدعوى المرفوعة أمامها , فهي لا تخلو من إحدى الفرضيات التالية , فإما أن تلغي حكم أول درجة أو أتؤكده , أو أن يقضي بعدم قبول الاستئناف وعليه فنحن أمام عدة فروض و هي :

- **<u>الفرض الأول</u>** : إذا ألغي المجلس القضائي حكم أول درجة زال كل أثر لهذا الأخير , و أعيدت الحالة إلى ما كانت عليه قبل الحكم , فإذا كان هذا الأخير حكما نافذا نفاذا معجلا و ثم تنفيذه فعلا , فإن قرار الاستئناف يكون هو السند التنفيذي لإعادة الحال إلى ما كانت عليه , و دون الحاجة إلى استصدار حكم جديد من أجل ذلك , و لأن هذا القرار يتضمن إلزام ضمني للمحكوم عليه برد ما قبضه وفقا للحكم الملغي (1).

- **<u>الفرض الثاني</u>** : إذا حكم برفض الاستئناف و تأيد حكم أول درجة , **فما هو السند التنفيذي في هذه الحالة ؟**

و ثار الخلاف في الفقه حول الحكم المعتبر سندا تنفيذيا , فذهب البعض إلى أن حكم أول درجة هو السند التنفيذي , لأنه يتضمن التأكيد الكامل للحق , بينما الحكم الثاني لم يتضمن إلا تأكيدا و تأييدا لحكم الدرجة الأولى الذي صار قطعيا.

و يذهب رأي آخر إلى القول بأن السند التنفيذي في هذه الحالة هو قرار المجلس القضائي الذي أيد حكم أول درجة , لأن طريق الاستئناف ليس طريق طعن في الحكم بقدر ما هو طريق لإعادة النزاع من جديد , و لأن قوة التأكيد القانوني الموجودة في الحكم الثاني ( الاستئناف ) تسمو على قوة التأكيد الواردة في حكم أول درجة .

---

(1) – راجع د / أحمد ماهر زغلول ، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ، قاعدة إعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، الطبعة الثانية دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ص 230.

– و راجع أيضا د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 28.

و نحن نرى أن السند التنفيذي يتحدد بما يحتويه منطوقه من إلزام , فإذا تطابق هذا الإلزام بين أول درجة و ثاني درجة , فإن الأول هو الذي ينفذ لا على أساس تأكيد الحق الموضوعي , أو قوة التأكيد و إنما لسبب عملي وجيه و هو أن قرار المجلس القضائي لا يتضمن إلا عبارات تفيد تأييد الحكم المستأنف و لو اتخذ كسند تنفيذي لا يمكن للمحضر القضائي معرفة مضمون الإلزام , أما إذا اختلف قرار المجلس القضائي عن حكم أول درجة كأن يؤيد جزء و يلغي جزء , ففي هذه الحالة يصبح القرار القضائي هو السند التنفيذي .

– **<u>الفرض الثالث</u>** : إذا حكم بعدم قبول الاستئناف أيا كان بسبب عدم القبول , فإن السند التنفيذي هو حكم أول درجة لأنه حاز القطعية , أي قوة الشيء المقضي فيه , و بتعبير المشرع المصري حائزا لقوة الأمر المقضي به (1).

أما بالنسبة للمحكمة العليا فهذه الجهة القضائية , هي محكمة قانون تراقب مدى التطبيق السليم للقانون من طرف قضاة الموضوع , إلا أن المشرع الجزائري اعتبر قرارات المحكمة العليا سندات تنفيذية إذا تضمنت التزاما بالتنفيذ , و يكون ذلك في الفرض الذي تتصدى فيه المحكمة العليا للموضوع و عندئذ تعتبر بمثابة محكمة موضوع , حيث تنص المادة 600 / 6 من ق.إ.م.إ : ( قرارا المجالس القضائية و قرارات المحكمة العليا المتضمنة التزاما بالتنفيذ ) .

و في الأخير فلا مجال للتفرقة بين الأحكام الصادرة عن القضاء العادي أو القضاء الإداري طالما هي سندات قضائية تنفيذية مستوفية لكل شروط السند التنفيذي , و نرى أن إعادة ذكرها من طرف المشرع الجزائري في الفقرة السابعة من المادة 600 من نفس القانون من قبيل التكرار الذي لا فائدة منه فلا أحد يمكنه أن ينازع في طبيعة السندات القضائية الصادرة عن جهات القضاء الإداري بأنها سندات قضائية قابلة للتنفيذ فوق الإقليم الجزائري .

---

(1) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 43 .

– و راجع أيضا د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 70.

## المطلب الثالث

## السندات التنفيذية شبه القضائية

تعتبر الإرادة عماد مباشرة الأعمال و التصرفات القانونية بين الأفراد , إلا أنها تعجز في بعض الأحيان و الحالات على التقييم السليم لنتائج أعمالها و تصرفاتها و هذا لعدة أسباب , و لهذا يتدخل المشرع لمواجهة هذا العجز و القصور إما لحماية المصلحة العامة , أو لحماية المصلحة الخاصة للأفراد.

ففي كل مرة يوجد فيها أحد الأشخاص في مركز ولائي يمنعه من مباشرة العمل أو التصرف القانوني فإن تدخل القضاء في هذه الحالة يكون واجبا و ضروريا لإزالة العجز الذي يصيب إرادة صاحب المركز الولائي و وضعه تحت إشراف و رقابة و وصاية القضاء فنكون بصدد مركز مراقب بواسطة القضاء و عليه يتدخل القضاء بما له من سلطة ولائية لمواجهة عجز و قصور الإرادة [1].

و يجمع فقهاء المرافعات على أنه لم يعد هناك شك في أنه يوجد للقضاء بجانب وظيفته القضائية وظيفة ولائية أو إدارية يباشرها بما له من حق الولاية المعطاة للقضاة , و بما تستلزمه مصلحة الأفراد الذين يلجئون لحماية السلطة القضائية , لكن وجه الصعوبة يكمن في تحديد هذه الوظيفة و بيان ماهيتها و ما يميزها عن الوظيفة القضائية , و تزيد الصعوبة في أن المشرع لم يضع نصوصا وافية تبين نوع الوظيفة الولائية و ما يدخل فيها , و العمل الولائي على ما يبدو من إجماع الرأي أنه عمل يتخذ في ظاهره شكل الحكم من حيث صدوره من قاض منوط به إصدار الأحكام القضائية , و لكنه في أساسه عمل إداري يميزه عن العمل القضائي خلوه من تلك المميزات المتوافرة في الوظيفة القضائية ويشترط في العمل الولائي أن يتخذ بعيدا عن أية منازعة , فإذا كان العمل متخذا في منازعة أو له صلة بها أعتبر قضائيا كالأوامر التي تتضمن إجراءات تتخذ قبل رفع الدعوى أو أثنائها أو بعد الفصل فيها وتتعلق بها و لو لم تتخذ في مواجهة الخصم الأخر , و لهذا يعتبر عملا قضائيا كل ما له علاقة بتنفيذ الأحكام أو السندات الواجبة التنفيذ [2] .

و هناك رأي آخر يقول أن مقياس التفرقة بين الوظيفة الولائية و القضائية لا يرجع لقيام النزاع أو عدم قيامه , و لا لطبيعة الأعمال التي تقوم بها المحاكم , و لكن إلى أمر يتعلق بالشكل و هو ما إذا كانت هذه الأعمال اتخذت في مواجهة الخصم الآخر أو بغير سابقة علمه , فيكون عمل القاضي

(1) – راجع د / الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 26 .

(2) – القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 23 .

قضائيا إذا اتخذ قراره بعد سماع أقوال الخصم الآخر أو دعوته لإبداء دفوعاته و لو لم يحضر هذا الأخير و يكون العمل ولائيا إذا لم يكن هناك دعوى و لا مواجهة و لا مرافعة , و أخذا بهذا الرأي تكون جميع الأوامر التي تصدر في غير مواجهة الخصم عملا ولائيا و لو تعلقت بنزاع مرفوع أمام القاضي , و على العموم فإن إجراءات المرافعات ليست هي التي تبين طبيعة وظيفة القاضي (1).

و اتجه فريق آخر للبحث عن معيار العمل الولائي في مدى السلطة الممنوحة للقاضي حيث يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة عند إصداره للعمل الولائي , في حين أن سلطته مقيدة عند إصداره للعمل التأكيدي , ولكن العمل نفسه بغض النظر عن الإجراءات التي تتبع به , و يدخل في معنى العمل الولائي أمر الحجز التحفظي (2).

و عليه يمكن القول أن العمل الولائي و العمل القضائي يتفقان في القاعدة العامة , و هي أن كلاهما يصدر عن القاضي و هما يتضمنان عنصر الإلزام , لكنهما يختلفان في عدة أمور نذكرها فيما يلي :

– العمل الولائي يصدر عن القاضي بمقتضى سلطته الولائية المستمدة من الولاية العامة المسندة إليه أما العمل القضائي فهو يصدر عن القاضي بمقتضى سلطته القضائية .

– العمل الولائي قد يصدر عن القاضي في شكل أمر , أو إذن أو فعل أو توثيق , أما العمل القضائي فيصدر دائما في شكل حكم .

– العمل الولائي يصدر عن القاضي على سبيل الإعانة فهو يهدف عادة الوقاية , أما العمل القضائي فهو يصدر في سبيل الفصل في الخصومة بالقضاء فيها بحكم معين , و هو يهدف إلى الجبر والعلاج .

– العمل الولائي يجوز فيه الاستعانة بالغير , أما العمل القضائي فهو يقتصر على القاضي شخصيا و لا يجوز له الاستعانة فيه بالغير .

– ينصب العمل الولائي على نفاذ التصرف و الإلزام به دون التطرق لصحته أو التحقق من شروطه فهو لا يحوز حجية الأمر المقضي فيه , بخلاف العمل القضائي فهو يتضمن عنصر الإلزام من حيث نفاذ التصرف و عنصر التقرير من حيث التطرق لمعرفة صحته و التحقق من شروطه , لذا فهو يحوز حجية الشيء المقضي فيه (3).

و السلطة الولائية للقاضي هي حقيقة قانونية لا أحد يشك في وجودها , و هي تتعدد و تختلف بداء من أوامر الأداء و الأوامر على عرائض , وصولا إلى أوامر تقدير المصاريف القضائية , و عليه

---

(1) – راجع د / إسكندر سعد زغلول ، قاضي التنفيذ علما و عملا ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ، ص 222 .
(2) – راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 121 .
– و راجع أيضا د / سعد زغلول ، نفس المرجع ، ص 1041 .
(3) – راجع د / أحمد خليفة شرقاوي أحمد ، المرجع السابق ، ص 281–282 .

سنحاول التطرق إلى هذه السندات التنفيذية من خلال الفروع التالية , حيث سنخصص **الفرع الأول** للتطرق إلى أحكام أوامر الأداء , و **الفرع الثاني** إلى الأوامر على العرائض , و **الفرع الثالث** إلى أوامر تقدير الأتعاب , أما **الفرع الرابع** إلى محاضر الصلح , و محاضر البيع و حكم رسو المزاد .

## الفرع الأول
## أوامر الأداء

لقد وضع المشرع مجموعة من القواعد لتحصيل الديون التي لا تثير منازعات في تحصيلها واستحدث نظاما ميسرا لهذا التحصيل استبدل به نظام الدعوى القضائية بنظام أخر و هو نظام أوامر الأداء .

و بالرجوع إلى نص المادة 306 ق.إ.م.إ : ( خلافا للقواعد المقررة في رفع الدعاوى , يجوز للدائن بدين من النقود مستحق الأداء و حال الأداء و معين المقدار و ثابت بالكتابة , لا سيما الكتابة العرفية المتضمنة الاعتراف بدين أو التعهد بالوفاء أو فاتورة مؤشر عليها من المدين , تقديم طلب في شكل عريضة على نسختين , إلى رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدين , و تحتوي على :

1 – اسم و لقب الدائن و موطنه الحقيقي أو المختار في الجزائر .
2 – اسم و لقب المدين و موطنه الحقيقي أو المختار في الجزائر .
3 – ذكر تسمية و طبيعة الشخص المعنوي و مقره الاجتماعي و صفة ممثله القانوني أو الإتفاقي .
4 – عرض موجز عن سبب الدين و مقداره.
ترفق جميع المستندات المثبتة للدين مع العريضة ).

إذن , و خلافا للقواعد العامة في رفع الدعاوى , يجوز أن يتقدم الدائن أمام رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المدين , يطلب فيها إلزام مدينه بأداء التزامه بناءا على ما يقدمه الدائن من المستندات المثبتة لحقه , و يكون هذا في غيبة المدين و مواجهته , و بهذا يكون أمر الأداء أبسط صيغة مخولة للدائن و أقصرها مدة من أجل استعادة الدين دون حاجة إلى رفع دعوى قضائية وفقا للقواعد العامة (1).

(1) – راجع أ / أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 71 .
– و راجع أ / طاهري مصطفى ، المرجع السابق ، ص 65.

و عليه لا يجوز استصدار أمر الأداء إلا إذا توافرت الشروط التي تضمنتها المادة 306 السالفة الذكر و تتمثل هذه الشروط فيما يلي :

– أن يكون الدين المطالب به مبلغ من النقود و ثابتا بالكتابة , و نشير في هذا الشأن أن صياغة هذا الشرط بحيث يفهم منه أنه يمكن لمن بيده سند اعتراف بدين رسمي أن يلتجأ لاستصدار أمر الأداء .

و حسب رأينا أن هذا غير مجدي طالما أن العقد الموثق هو سند تنفيذي يمكن صاحبه مباشرة اللجوء إلى التنفيذ الجبري , بعد إضفاء الصيغة التنفيذية عليه , و منه نرى أن الصياغة غير دقيقة في هذا الشأن .

– أن يكون الدين المطالب به حال الأداء و معين المقدار.
– أن يقدم الطلب في شكل عريضة على نسختين تتضمن بيانات كافية تحدد الدائن و المدين.

و يجب على القاضي المختص , و هو رئيس المحكمة أن يفصل في الطلب بالقبول إذا ترأى له أن الدين ثابت , فيصدر أمر للمدين بالوفاء بمبلغ الدين و المصاريف , أما في حالة الرفض فلا يحق للدائن التظلم من هذا الأمر , و لكن هذا لا يمنع هذا الأخير من اللجوء إلى رفع دعوى وفقا للقواعد المقررة لذلك , و هذا ما قررته المادة 307 ق.إ.م.إ : ( يفصل الرئيس في الطلب بأمر , خلال أجل أقصاه خمسة (5) أيام من تاريخ رفض الطلب .

إذا تبين أن الدين ثابت , أمر المدين بالوفاء بمبلغ الدين و المصاريف , و إلا رفض الطلب.

الأمر بالرفض غير قابل لأي طعن , دون المساس بحق الدائن في دعوى رفع الدعوى وفقا للقواعد المقررة لها) , و بعده يجب على الدائن بعد أن يتحصل على نسخة رسمية من أمر الأداء من رئيس أمناء الضبط , أن يبادر إلى تكليف المدين بالوفاء بأصل الدين خلال أجل 15 يوم من تاريخ التبليغ الرسمية و يجب أن ينوه تحت طائلة البطلان أن للمدين حق الاعتراض على أمر الأداء خلال خمسة عشر يوما بطريق الاستعجال أمام القاضي الذي أصدره , و نشير في هذا الصدد أن نص المادة 308 من ق.إ.م.إ تحتاج إلى نوع من التوضيح في النقاط التالية :

– **أولا** : المشرع أشار فقط إلى الاعتراض عن طريق الاستعجال , و منه يطرح التساؤل هل يكون هذا الاعتراض عن طريق رفع دعوى استعجالية أمام قاضي الأمور المستعجلة , أم يقدم اعتراض إلى رئيس المحكمة .

– **ثانيا** : في شأن ممارسة حق الاعتراض لم يشر المشرع إلى كيفية ممارسة هذا الحق , فهل يتم ذلك عن طريق تقديم عريضة من طرف المدين , أم بطرق أخرى .

– **ثالثا** : في شأن حق الاعتراض , حيث أن المشرع استعمل هذا المصطلح و بالتالي فالتساؤل الذي يطرح في طبيعة هذا الإجراء فهل هو استئناف , أم معارضة في أمر الأداء , أم أنه إجراء جديد حكر فقط على أوامر الأداء .

و منه يترائ لنا أنه كان يجب على المشرع الجزائري أن يوضح أكثر فيما يخص أحكام هذا الاعتراض بما يزيل الغموض و اللبس , على اعتبار أن قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 لم يتضمن هذا الإجراء , و منه فهو إجراء جديد و بالتالي بالضرورة بما كان أن تكون أحكامه أكثر وضوحا .

و عليه فإذا ما مارس المدين حق الاعتراض فإن لهذا الأخير أثر موقف على تنفيذ أمر الأداء , أما في حالة عدم القيام بذلك في الآجال القانونية , فيحوز أمر الأداء قوة الشيء المقضي فيه , و بالتالي يمكن أن يمهر بالصيغة التنفيذية , بعدم التأكد بعدم قيام المدين بالاعتراض و ذلك باستظهار شهادة عدم الاعتراض و في حالة عدم طلب الدائن امهار أمر الأداء بالصيغة التنفيذية خلال سنة من صدوره يسقط هذا امر و يصبح عديم الأثر .

**و في مصر** , فقد تضمن القانون المصري تنظيم أوامر الأداء بموجب المواد 201 إلى المادة 210 من قانون المرافعات المصري , و لا يكون أمر الأداء قابل للتنفيذ الجبري إلا إذا صار نهائيا إما بانقضاء ميعاد التظلم أو باعتبار التظلم كأن لم يكن أو برفض الاستئناف أو بفوات ميعاده [(1)].

كما لا يمكن تنفيذ أمر الأداء تنفيذا معجلا إلا إذا كان صادر بسبب دين تجاري أو إذا صدر لأداء نفقة أو أجرة حضانة أو إرضاع أو مسكن و هذا وفقا للمادة 65 من القانون رقم 01 لسنة 2000 في شأن إجراءات التقاضي في مسألة الأحوال الشخصية [(2)].

**و أما في فرنسا** ، فقد تضمن التشريع الفرنسي تنظيم أحكام أوامر الأداء بموجب المواد 1405 إلى المادة 1425 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي , و تعتبر أوامر الأداء وسيلة سريعة و غير مكلفة تمكن الدائن من إلزام مدينه بالوفاء , و يتم استصدار أمر الأداء في التشريع الفرنسي دون مواجهة الخصم الأخر , و يشترط لاستصدار أمر الأداء شرطان و هما :

– أن يكون سبب الدين ناتج عن التزام تعاقدي , أو ناتج عن التزام ذا طابع نظامي ينصب على مبلغ محدد .

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 116 .

(2) – راجع د / أمينة النمر ، أوامر الأداء في مصر و الدول العربية و الأجنبية ، الطبعة الثالثة ، الدار الجامعية للطباعة والنشر الإسكندرية ، مصر ، ص 1984.

– أو أن يكون الدين ناتج عن سحب سفتجة , أو إصدار أمر بالدفع , أو ناتج عن تظهير أو قبول إحدى هذه الأوراق التجارية (3).

و يتم طلب أمر الأداء بموجب عريضة تودع بكتابة ضبط المحكمة المختصة , المتواجد في دائرة اختصاصها موطن المدين , و تكون هذه المحكمة إما المحكمة التجارية أو المحكمة العادية , و يجب إرفاق العريضة بالمستندات التي تؤيد تحقق الدين .

و عليه فالقاضي الذي ينظر في الطلب إما أن يقبل الطلب إذا اقتنع بوجود الدين , أو يرفضه في حالة عدم اقتناعه بوجود الدين , كما له أن يقبل جزء من الطلب و يرفض الأخر , و هذه الحالة لم يتضمنها التشريع الجزائري و لا التشريع المصري .

و في حالة قبول الطلب يجب على الدائن أن يقوم بتبليغ أمر الأداء إلى المدين عن طريق المحضر القضائي , و يجب أن ينوه في هذا التبليغ أن للمدين الحق في ممارسة الاعتراض خلال أجل شهر من تاريخ التبليغ , و هذا وفقا لأحكام المادة 1406 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي , و في حالة قيام المدين بهذا الاعتراض , حيث يستدعى الأطراف للمثول أمام المحكمة المختصة , و في حالة عدم حضور الأطراف فيسقط أمر الأداء و يعتبر كأنه لم يكن و هذا وفقا لأحكام المادة 1419 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي , و الحكم الصادر في هذه الحالة يصبح بديلا عن أمر الأداء ويمكن للقاضي أن يمنح المدين حسن النية أجل لتسديد الدين و هذا وفقا لأحكام المادة 1/1244 من القانون المدني الفرنسي , و يصدر هذا الحكم إما ابتدائيا و بالتالي يقبل الاستئناف , أو يصدر ابتدائيا نهائيا , و في هذه الحالة لا يقبل إلا الطعن بالنقض .

و أما في حالة عدم قيام المدين بحق الاعتراض , و بعد انقضاء الأجل المنصوص عليه قانونا يمكن للدائن أن يطلب استصدار الصيغة التنفيذية و هذا وفقا لأحكام المادة 1422 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي , منه يباشر إجراءات التنفيذ على مدينه و يسقط أمر الأداء إذا لم يبادر الدائن إلى تنفيذه خلال أجل ستة أشهر من تاريخ صدوره .

---

(3)– راجع الموقع الإلكتروني التالي :
http://fr.wikipedia.org/wiki/Injonction_de_payer_en_procédure_civile_française

## الفرع الثاني
## الأمر على عريضة

الأوامر على العرائض هي مظهر من مظاهر استخدام القاضي لسلطة الأمر المزود بها , فهذه السلطة تخول له مكنة إصدار أوامر قضائية ملزمة لاتخاذ تدبير وقتي أو تحفظي لا تستطيع الإرادة الفردية أن تتخذه من تلقاء نفسها , بل لابد من صدوره من القضاء لمراعاة مصالح جديرة بالعناية و كما أن للقاضي سلطة قضائية تتيح له إصدار قرارات إدارية لسير مرفق القضاء , له سلطة الأمر تسمح له بإصدار أوامر على العرائض لتذليل عقبات قانونية قام القانون نفسه بوضعها أمام الأفراد في سعيهم لتحقيق مصالحهم بحيث لا يمكن تحقيق هذه المصالح بإعلان إرادة وحيدة من أصحاب المصلحة بل لابد من تصريح و موافقة القضاء بذلك [1].

و عليه يمكننا تعريف الأمر على عريضة "هي ما يصدر عن المحاكم من قرارات بما لها من سلطة ولائية و ذلك بدون أي منازعة , بناءا على طلب الخصوم بغير مرافعة و بدون دعوة الطرف الأخر " [2].

و الأصل أن الوظيفة الأصلية للمحاكم هي الوظيفة القضائية , أما وظيفتها الولائية في استثناء لا يجوز لها أن تمارسه إلا بنص خاص في المسائل التي حددها القانون , ذلك لأن المحاكم لا تقوم بالفصل في نزاع تقول فيه كلمة القانون , و إنما يقتصر دورها على إعطاء موافقة أو ترخيص بشأن مسألة معينة و لا يترتب على تقديم العريضة نشأة الخصومة القضائية , لأن خصومة الأمر على عريضة هي خصومة تحقيق ناقص و غياب هذا الأخير هو أمر مقصود في القانون , و بناءا على ذلك فالعمل الولائي يصدر دون أن يوجد نزاع حقيقي , و دون أن يوجد خصم في مرحلة طلب الأمر مما يترتب عليه عدم صدور دفاع من جانبه , و بالتالي لا مجال هنا لإعمال مبدأ احترام حقوق الدفاع كما لا مجال للتمسك بأي دفوع حيث لا توجد خصومة يتم فيها إثارة هذه الدفوع , و إذا تعلق الدفع بالنظام العام فإن القاضي يثيره من تلقاء نفسه في صورة رفض إصدار الأمر , كما أن إصدار الأمر لا يستنفذ ولاية القاضي , و بالتالي يكون له أن يتصدى مرة ثانية للمسألة موضوع الأمر السابق ويصدر بشأنها أمر جديد و لو كان مخالفا للأمر الأول مع الإلتزام بتسبيب الأمر الجديد .

---

(1) – راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 96.

(2) – أنظر د / أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 78 .

– و راجع أيضا د / العربي الشحط عبد القادر – نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 74 .

– د / عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق ، ص 71 .

و منه سنحاول التطرق إلى أحكام الأمر على عريضة في التشريع الجزائري والتشريع المصري و التشريع الفرنسي .

**1 – <u>الأمر على عريضة في التشريع الجزائري</u> :** لقد نظم المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أحكام الأمر على عريضة بنوع من التفصيل بعد أن كان يكتنفها النقص والغموض في القانون القديم , و نشير أن الحالات التي يمكن فيها للشخص أن يطلب من القضاء استصدار أمر على عريضة هي على سبيل المثال , رغم أن المادة 2/310 من ق.إ.م.إ حددت بعض الحالات إلا أننا نرى هذا التحديد جاء على سبيل المثال , و سندنا في هذا أن هناك حالات أخرى يمكن للشخص أن يطلب فيها إذن من القضاء على شكل أمر عريضة مثل ما سبق ذكره في شأن الإذن بتوقيع الحجز.

و تنص المادة 310 ق.إ.م.إ : ( الأمر على عريضة أمر مؤقت , يصدر دون حضور الخصم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

تقدم الطلبات الرامية إلى إثبات الحالة أو توجيه إنذار أو إجراء استجواب في موضوع لا يمس بحقوق الأطراف , إلى رئيس الجهة القضائية المختصة , ليفصل فيها خلال أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام من تاريخ إيداع الطلب ) .

و فيما يخص إجراءات طلب أمر على عريضة , فتقدم العريضة من نسختين تتضمنان سردا موجزا للوقائع و الأسباب التي استدعت هذا الطلب , و إذا كان هناك خصومة قائمة فيجب على الطالب الإشارة إلى المحكمة التي تنظر في النزاع , و ترفق بالعريضة الوثائق المحتج بها و تقدم إلى رئيس الجهة القضائية المختصة , و لهذا الأخير مهلة ثلاث أيام من تاريخ إيداع الطلب كحد أقصى للفصل في الطلب إما بالقبول أو الرفض , و في حالة الاستجابة يمكن الرجوع إلى نفس القاضي الذي أصدر الأمر للتراجع عنه أو تعديله , أما في حالة الرفض فيمكن استئناف أمر الرفض أمام رئيس المجلس القضائي خلال 15 يوم من تاريخ الرفض , و هذا ما نصت عليه المادة 312 من ق.إ.م.إ : ( في حالة الاستجابة إلى الطلب , يمكن الرجوع إلى القاضي الذي أصدر الأمر للتراجع عنه أو تعديله .

و في حالة عدم الاستجابة إلى الطلب , يكون الأمر بالرفض قابلا للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي.

يرفع الاستئناف خلال خمسة عشر (15) يوما من تاريخ أمر الرفض .

يجب على رئيس المجلس القضائي أن يفصل في هذا الاستئناف في أقرب الآجال , لا يخضع هذا الاستئناف للتمثيل الوجوبي بمحام .

تحفظ النسخة الثانية من الأمر ضمن أصول الأحكام بأمانة ضبط الجهة القضائية المعينة ) .

و في الأخير و بالرجوع إلى المادة 2/311 و المادة 4/600 من ق.إ.م.إ , فإن الأمر على عريضة هو سند تنفيذي , و يكون قابلا للتنفيذ بناءا على النسخة الأصلية و لا حاجة لطلب إضفاء الصيغة التنفيذية عليه فهو واجب التنفيذ بقوة القانون , و يسقط الأمر على عريضة إذا لم ينفذ خلال 03 أشهر من تاريخ صدوره , و هذا حسب المادة 311 الفقرة الأخيرة من نفس القانون حيث نصت على : ( كل أمر لم ينفذ خلال أجل ثلاثة (3) أشهر من تاريخ صدوره , يسقط و لا يرتب أي أثر ).

**2 – الأمر على عريضة في التشريع المصري :** لم يحدد المشرع المصري الحالات التي يجوز فيها استصدار أمر على عريضة , فقد ورد النص على هذه الحالات في مواضع مختلفة المواد 66–17–189–327–319 مرافعات مصري , **هذا و قد اختلف الفقه في مصر حول الحالات التي يجب استصدار أمر على عريضة هل ذكرت علىا سبيل المثال أم الحصر ؟**

فذهب فريق إلى القول بأنها وردت على سبيل المثال لأنها وردت في مواضع مختلفة , و أنه يمكن استصدار أمر على عريضة كلما اقتضت المصلحة لذلك , و حتى في حالات لم يرد بشأنها نص قانوني , و أضافوا بأن القانون لم يحدد حالات معينة يجوز فيها للقاضي أن يمارس سلطته الولائية في إصدار أوامر على ما يقدم إليه من عرائض , بل يخول للقاضي هذا الحق كلما وجد ما يدعو إلى ذلك و استندوا في تبرير رأيهم هو نص المادة 194 مرافعات مصري التي تقرر أن التقدم لقاضي الأمور الوقتية يحصل في الأحوال التي يكون للخصم فيها وجه في استصدار أمر , مما يدل على أن المرجع في ذلك إنما يكون لوجاهة الطلب [(1)].

بينما يتجه فريق آخر إلى القول بأن الحالات التي يجوز فيها استصدار أمر على عريضة وردت على سبيل الحصر , و بالتالي لا يجوز استصدار أمر في غير الحالات التي وردت في قانون المرافعات أو قانون خاص , و في غمرة هذا الخلاف تدخل المشرع المصري بتعديل المادة 194 مرافعات مصري و نص فيها صراحة على عدم جواز إصدار أمر على عريضة إلا في الحالات التي نص عليها القانون على سبيل الحصر[(2)].

---

(1) – راجع د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، هامش ص 126–127 .

(2) – أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي في قرار لها بتاريخ 1988.01.20 , طعن رقم 455 و قد جاء في حيثيات القرار : ( إن الأوامر الصادرة بتقييد الحريات أو التنقل أو المنع من السفر وجب تنظيمها بقانون يصدر من السلطة التشريعية دون غيرها و ليس من سلطة أخرى أو بأداة أدنى ، و علة ذلك أن الأمر الصادر من القاضي بمنع الطاعن من السفر دون أن يكون هناك قانون ينظم ذلك مخالف للقانون ) .

– للتفصيل أكثر أنظر د / عبد الحميد المنشاوي ، المرجع السابق ، ص 323 .

و فيما يخص إجراءات استصدار أمر على عريضة في التشريع المصري , فيقدم الطلب من نسختين , و على القاضي أن يصدر أمره في اليوم الموالي لتقديمها على الأكثر , و هو غير ملزم بتسبيبها إلا في حالة إصدار أمر مخالف لأمر سابق , و على القاضي إما أن يقبل أو يرفض الطلب مما يفتح المجال للتظلم فيه و هذا الحق محصور فقط لذوي الشأن حيث نصت المادة 197 مرافعات مصري : ( لذو الشأن الحق في التظلم إلى المحكمة المختصة , إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك .

و يكون التظلم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام المحكمة خلال عشرة أيام من تاريخ صدور الأمر بالرفض أو من تاريخ البدء في تنفيذ الأمر أو إعلانه , و بحسب الأحوال و تحكم فيه بتأييد الأمر الصادر أو بتعديله أو بإلغائه ) .

و حددت المادة ميعادا معينا للتظلم , هو خلال عشرة أيام من تاريخ صدور الأمر بالرفض أو من تاريخ البدء في تنفيذ الأمر أو إعلانه بحسب الأحوال , و لكن إذ صدر حكم قطعي في الدعوى الأصلية التي ترفع بموضوع النزاع , فإن الحكم يمنع التظلم من الأمر , و يتعين القضاء بعدم قبول التظلم المرفوع عنه لزوال محله و انتفاء المصلحة فيه [1].

ولقد رأينا أن في التشريع الجزائري فإن التظلم في الأمر على عريضة أمام المجلس القضائي يخول لرئيس المجلس القضائي أن يصدر أمر على عريضة أخرى و ليس حكما أو قرارا قضائيا بحيث يمارس القاضي سلطته الولائية في إصدار الأمر , على عكس التشريع المصري فإن القاضي الذي ينظر في التظلم في الأمر على عريضة يصدر حكما بالمعنى الدقيق , و هو ما تصفح عنه المادة 2/199 مرافعات مصري , حيث نصت على أن القاضي – يحكم– في التظلم المرفوع إليه , ذلك أن القاضي حينما ينظر التظلم إنما يباشر وظيفة قضائية خلافا للسلطة عند إصدار الأمر , حيث كان يباشر سلطة ولائية تواجه عائق القصور القانوني للإرادة الخاصة في الحكم الصادر في التظلم هو حكم قضائي يخضع للقواعد العامة في تنفيذ الأحكام , و لما كان هذا الحكم من الأحكام الوقتية فإنه يصدر مشمولا بالنفاذ المعجل تطبيقا للمادة 388 مرافعات مصري , و يجب أن يقدم الأمر على عريضة للتنفيذ خلال 30 يوما من تاريخ صدوره و إلا سقط , و هذا وفقا لمقتضيات المادة 200 مرافعات مصري , على خلاف المشرع الجزائري الذي حدد المدة بثلاثة أشهر و هذا وفقا لمادة 311 ق.إ.م.إ [2].

---

(1) – راجع د / عبد الحميد المنشاوي ، المرجع السابق ، ص 326 .

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 115 .

– و راجع د / فتحي والي / المرجع السابق ، ص 105 .

– و راجع أيضا د / أحمد هنيدي ، المرجع السابق ، ص 108 .

3 – **<u>الأمر على عريضة في التشريع الفرنسي</u> :** لقد نضم القانون الفرنسي الأمر على عرائض واعتبرهاسندات تنفيذية , و بالرجوع إّلى نص المادة 493 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الذي يعرف الأمر على عريضة بأنها أمر مؤقت يقضي به في غياب الخصم بقصد المطالبة بتوقيع إجراء مؤقت , و يختص بإصدارها قاضي الاستعجال باعتباره قاضي الأمور الوقتية , و قد حددت المادة 493 أربع حالات يمكن من خلالها طلب استصدار أمر على ذيل عريضة , و في الأخير فإن الأوامر على عرائض هي سندات تنفيذية في التشريع الجزائري , و هي معجلة النفاذ بقوة القانون [(1)].

## <u>الفرع الثالث</u>

## <u>أوامر تقدير الأتعاب</u>

تتضمن أوامر تقدير الأتعاب عدد معين من الأوامر , يجمعها قاسم مشترك أنها تصدر لتقدير مبلغ من النقود مقابل القيام بخدمة قضائية معينة , وهي تختلف عن الرسوم القضائية , كما أن المحكوم عليه لا يتحمل المصاريف على سبيل التعويض عن الضرر الذي لحق المحكوم له من جراء منازعته لأن إخفاق الخصم في دعواه لا يعتبر دليلا على خطئه موجبا لمسؤوليته , و إنما هو يدفعها لأن القانون يلزمه بتحملها تحقيقا لمقتضيات العدالة , و بالتالي فهو يتحملها و لو كان حسن النية في منازعته و يشترط فيمن يقضى عليه بالمصاريف القضائية توافر شرطان و هما :

– **أولهما :** أن يكون خصما ذا مصلحة شخصية في الخصومة , فلا يلزم القاضي من أدخل في الخصام و لا المدعى عليه إذا أخرج من الخصام لمصلحة مدعى عليه أخر.
– **ثانيها :** أن يكون قد خسر دعواه , إذ خسارتها تكفي بذاتها أن تكون سببا للقضاء عليه بالمصاريف القضائية , و هذا ما نصت عليه المادة 419 ق.إ.م.إ : ( يتحمل الصم الذي خسر الدعوى المصاريف المترتبة عليها , ما لم يقرر القاضي تحميلها كليا أو جزئيا لخصم آخر مع تسبيب ذلك ) .

هذا و تتعدد المصاريف القضائية بدءا بمصاريف الدعوى , و مصاريف أتعاب الخبراء و مصاريف الترجمة و مصاريف التحقيق و غيرها , و نشير كذلك أن مصاريف توكيل محام تدخل في نطاق المصاريف القضائية التي ينص عليها القانون.

**أ – <u>أوامر تقدير مصاريف الدعوى</u> :** يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية عدة أنواع من أوامر تقدير الأتعاب , و هي أوامر تقدير أتعاب الخبراء , و أوامر تحديد المصاريف القضائية

(1) – voir Claude Brenner , op-cit , p 45 .

بالإضافة إلى مصاريف التبليغ و الترجمة و التحقيق , و حتى مصاريف التنفيذ , حيث نصت المادة 418 ق.إ.م.إ : ( تشمل المصاريف القضائية , الرسوم المستحقة للدولة , و مصاريف سير الدعوى لاسيما مصاريف إجراءات التبليغ الرسمي و الترجمة و الخبرة و إجراءات التحقيق , و مصاريف التنفيذ كما يحددها التشريع .

و تشمل المصاريف القضائية أيضا أتعاب المحامي وفقا لما يحدده التشريع ) , كما نصت المادة 1/143 من نفس القانون على مصاريف تقدير أتعاب الخبراء بقولها : ( يتم تحديد أتعاب الخبير النهائية من طرف رئيس الجهة القضائية , بعد إيداع التقرير , مراعيا في ذلك المساعي المبذولة واحترام الآجال المحددة و جودة العمل المنجز ) .

**و أما المشرع المصري** فلم يحدد المصاريف القضائية في نص واحد , إلا ما تعلق منها بأتعاب المحامي و هذا بموجب المادة 1/184 مرافعات مصري حيث تنص على : ( يجب على المحكمة عند إصدار الحكم الذي تنتهي به الخصومة أمامها أن تحكم من تلقاء نفسها في مصاريف الدعوى ,ويحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها , ويدخل في حساب المصاريف أتعاب المحاماة) **(1)**.

و بصدد تحديد مصاريف الدعوى , يتم تحديد ه عند إصدار الحكم الذي تنتهي به الخصومة إن أمكن ذلك و إن تعذر عليها ذلك قبل صدور الحكم , فيمكن تحديدها بموجب أمر يصدره القاضي حيث نصت المادة 421 ق.إ.م.إ : ( يتضمن القرار أو الحكم أو الأمر الفاصل في النزاع , تصفية مقدار المصاريف , إلا إذا تعذر تصفيتها قبل صدوره .

و في الحالة الأخيرة تتم تصفية المصاريف بموجب أمر يصدره القاضي و يرفق بمستندات الدعوى) و ما يمكن ملاحظته فيما يخص هذه المادة , أن المشرع قد اقتصر على استعمال مصطلح " أمر" مما يثير استفهام و غموض في تحديد طبيعة هذا الأمر , فهل يقصد به الأوامر الإستعجالية , أم يقصد به الأمر على عريضة , فالقول بهذا أو ذاك يترتب عليه الاختلاف في الإجراءات المتبعة ونحن نرى أن الإجراء السليم هو أن يكون تقدير المصاريف القضائية عن طريق أمر على عريضة وهذا قياسا على نص المادة 189 مرافعات مصري التي تنص على : ( تقدر مصاريف الدعوى في الحكم إن أمكن و إلا قدرهـا رئيس الهيئة التي أصدرت الحكم بأمـر على عريضة يقدمها المحكوم له و يعلن هذا الأمر للمحكـوم عليه بها , و لا يســري على هــذا الأمر على السقوط المقــرر في المادة 200 ) , و عليه

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار المرجع السابق ، ص 118–119 .

– و راجع أيضا د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 20–21 .

نلاحظ أن نص المادة 189 مرافعات مصري هي أكثر وضوحا في الإجراءات والأحكام لتقدير المصاريف القضائية على عكس المادة 421 من ق.إ.م.إ التي جاءت ناقصة في تحديد الإجراءات اللاحقة لتحديد المصاريف القضائية في حالة عدم الحكم بها في الدعوى .

**ب – <u>أوامر تقدير أتعاب الخبراء</u> :** نصت المادة 143 ق.إ.م.إ : ( يتم تحديد أتعاب الخبير النهائية من طرف رئيس الجهة القضائية , بعد إيداع التقرير , مراعيا في ذلك المساعي المبذولة واحترام الآجال المحددة و جودة العمل المنجز ).

و يكتسب أمر تقدير الخبير و يستوي في ذلك أتعاب المترجم , القوة التنفيذية بمجرد صدوره وذلك باعتباره من الأوامر على العرائض , فهو ينفذ نفاذا معجلا بقوة القانون فور تسلمه من أمانة ضبط الجهة القضائية , و يتم تحديد أتعاب الخبير بالنظر إلى الجهد المبذول , و احترام الآجال المحددة له بالإضافة إلى جودة العمل من خلال التقرير الذي يودعه بأمانة الضبط , و إذا كانت المبالغ المستلمة من أمانة الضبط بناءا على إذن غير كافية , يأمر هذا الأخير باستكمال المبالغ المستحقة , مع تعيين الخصم الذي يتحمل ذلك , و في حالة ما إذا كانت المبالغ تزيد عن مستحقات الخبير تعاد إلى الطرف الذي أودعها بإذن من رئيس الجهة القضائية (1).

**و في مصر** فإن تقدير أتعاب الخبير يكون في الحكم الصادر في الدعوى , ويتم قبل ذلك بأن يقدرها قاضي الأمور الوقتية بأمر على عريضة , و يكون ذلك بناءا على طلب الخبير يوجهه إلى القاضي الجزئي أو رئيس الدائرة الذي عين الخبير , و هذا الأمر قابل للنفاذ المعجل بمجرد صدوره رغم قابليته للتظلم منه خلال ثمانية أيام من إعلانه , إلا أنه إذا رفع تظلم يوقف تنفيذ الأمر إلى حين الفصل في هذا التظلم (2).

و منه نلاحظ في هذا الشأن أن المشرع الجزائري يختلف عن المشرع المصري في نقطتين أولهما أن تقدير أتعاب الخبير يكون دائما بموجب أمر , و هذا وفقا للمادة 3/143 ق.إ.م.إ بينما في مصر يمكن أن يكون بنفس الحكم الصادر في الدعوى , و ثانيهما أن المشرع الجزائري لم ينص على الحق في التظلم من الأمر سواء من طرف الخبير أو أطراف الدعوى , على عكس المشرع المصري الذي أجاز ذلك خلال 08 أيام من إعلانه , و لهذا التظلم أثر موقف الأمر .

---

(1) – أ / أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 155 .
(2) – راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 109–110 .
– و راجع أيضا د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 535 .

**ج – أمر تقدير أتعاب المحامين :** الأصل أن أتعاب المحامين تتحدد بناءا على اتفاق بين المحامي و موكله بكل حرية , و بالتالي ليس هناك تشريع يحدد أتعاب المحامين , و منه تظهر الصعوبة في حالة الاختلاف في تحديد هذه الأتعاب , و بالرجوع إلى نص المادة 421 ق.إ.م.إ التي تنص : ( يتضمن القرار أو الحكم أو الأمر الفاصل في النزاع , تصفية مقدار المصاريف , إلا إذا تعذر تصفيتها قبل صدوره.

و في الحالة الأخيرة تتم تصفية المصاريف بموجب أمر يصدره القاضي و يرفق بمستندات الدعوى ). و عليه نرى أن هناك صعوبة عملية في تحديد هذه الأتعاب من طرف القاضي طالما أن أتعاب المحامين تختلف باختلاف المحامين من حيث السمعة و الشهرة و القدم , و تختلف باختلاف القضايا , و عليه فالقاضي في هذه الحالات ليست لديه المعطيات الكافية لتقدير أتعاب المحامي

و منه نرى بأن لو تم الاستعانة بنقابة المحامين لكان الأمر أحسن و أكثر موضوعية مثل ما هو معمول به في مصر ففي حالة الاختلاف في تقدير أتعاب المحامي , فإن هذا الأمر يتم بقرار صادر عن مجلس النقابة الفرعية و هذا وفقا للمادة 85 من قانون المحاماة المصري , و يرى البعض في مصر أن هذا القرار يعتبر بمثابة أمر على عريضة , بينما هناك من يرى أن هذا القرار و إن سمى قرارا إلا أنه يعتبر حكما قضائيا يخضع لقواعد خاصة به تتمثل فيما نصت عليه المادة 85 من قانون المحاماة [(1)].

و قد قرر المشرع المصري أن هذا القرار لا يكون قابلا للتنفيذ إلا بعد صيرورته نهائيا بفوات ميعاد استئنافه , و هو عشرة أيام من تاريخ إعلانه دون رفض .

## الفرع الرابع
## محاضر الصلح والبيع و حكم رسو المزاد على العقار

يتضمن القانون الإجرائي أنواع أخرى من السندات التنفيذية الصادرة عن القضاء , و لكنها لا ينطبق عليها وصف الأحكام القضائية أو الأوامر القضائية , و لكن المشرع أضفى عليها الطبيعة التنفيذية و هذه السندات هي محاضر الصلح , و محاضر البيع بالمزاد العلني , و حكم رسو المزاد .

(1) – راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 108 .
– و راجع أيضا أحمد هنيدي ، المرجع السابق ، ص 102 .

**أ – <u>محاضر الصلح</u>** : تتجه التشريعات في العديد من الدول إلى البحث عن وسائل جديدة لحل المنازعات , و لعل الصلح من أهم هذه الوسائل و أنجعها في إيجاد حلول للنزاعات الناشئة بين الأفراد بأقصر الطرق و أسهلها , لذا يقال أن صلحا ردئي أفضل من حكم جيد une mauvaise réconciliation vaut mieux qu'un bon jugement .

**و الصلح** اتفاق أعطى المشرع للمحكمة سلطة التصديق عليه , و لا يتدخل القاضي من أجل ترجيح موقف أحد أطراف الخصومة من حيث الموضوع , فالمحضر يغلب عليه طابع الاتفاق بإرادة الخصوم السليمة التي تستند إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين , و محاضر الصلح لا تعتبر من الأحكام أو المحررات الموثقة , و إنما هي مجرد اتفاقات بالصلح يصل إليها المتقاضون من تلقاء أنفسهم أو بسعي من القاضي حال قيام نزاع أمام القاضي , ثم يطلبون من المحكمة إثبات ما اتفقوا عليه , فإذا ثم إثبات ذلك صار لمحضر الصلح قوة تنفيذية .

**و محضر الصلح** هو قبل أن يكون محضر هو اتفاق بين الخصوم , فهو عقد صلح يتم بمقتضاه حسم النزاع بغير حكم صادر من المحكمة , و إنما برضاء الخصوم و موافقتهم , فقد يرون أن الحل الذي يصلون إليه أكثر عدالة من الحل الذي سوف تصل إليه المحكمة [(1)].

و يجوز للخصوم أن يتصالحوا فـي أية لحظة كانت عليها الدعوى , حيث تنص المادة 990 ق.إ.م.إ : ( يجوز للخصوم التصالح تلقائيا أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة ) , أما المادة 1/103 مرافعات مصري فتنص على : ( للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة في أية حالة تكون عليها الدعوى , إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة , و يوقع منهم أو من وكلائهم , فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ألحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة و أثبت محتواه فيه , و يكون لمحضر الجلسة في الحالتين قوة السند التنفيذي , و تعطى صورته وفقا للقواعد المقررة لإعطاء صورة الأحكام) , و نجد أن المشرع الجزائـري يعتبر محضر الصلح سندا تنفيذيا , و هـذا مـا نصت عليه المادة 993 من ق.إ.م.إ : ( يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط ) .

و عليه يعترف القانون لمحاضر الصلح بالقوة التنفيذية الفورية , أي بمجرد تكامل عناصر وجودها فهي تكون قابلة للتنفيذ فورا , حيث لا تكون لها مواعيد طعن ترتبط بها فهي غير قابلة لطرق الطعن المحددة في القانون , لأنها لا تعتبر من الأحكام , و يرجع عدم إجازة الطعن في محضر الصلح إلى سبب منطقي وجيه , و هو أن الخصم الذي رضي بالصلح أمام المحكمة يكون قد قبل القرار الصادر بالصلح قبل صدوره , و ذلك يسقط حقه في أي طعن .

---

(1) – راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 117.

و أما بالنسبة لمحاضر الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة و المودعة بكتابة الضبط , نذكر في شأنها ما تضمنته أحكام الوساطة وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية , إذ بمجرد إنهاء الوسيط لمهمته يخبر القاضي كتابيا بنتائج الوساطة و ما توصل إليه الخصوم .

و يترتب على توصل الوسيط لتسوية النزاع تحرير لمحضر يضمنه محتوى الاتفاق , و يوقعه رفقة الخصوم ثم ترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقا لتتم المصادقة على محضر الاتفاق من قبل القاضي , بموجب أمر غير قابل لأي طعن , و يعد محضر الاتفاق سندا تنفيذيا وفقا للمادة 1004 ق.إ.م.إ : ( يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن و يعد محضر الاتفاق سندا تنفيذيا ) [1].

**ب – <u>محاضر بيع المنقول بالمزاد العلني</u> :** يعتبر محضر بيع المنقولات المحجوزة سندا تنفيذيا له قوة تنفيذية في مواجهة المشتري بفرق الثمن , في حالة إعادة البيع على ذمته و في مواجهة القائم بالتنفيذ أو محافظ البيع بالمزاد العلني إذا لم يقبض الثمن فورا من المشتري , و لم يقم بإعادة البيع خلال مدة حددها القانون , و يكون المحضر سندا تنفيذيا فوريا , لا مجال فيه للحديث عن نفاذ عادي أو معجل حيث أن محضر البيع يحوز حجية و لا يقبل الطعن فيه [1].

و تنص المادة 714 ق.إ.م.إ : ( يعتبر محضر البيع برسو المزاد , سندا تنفيذيا بفرق الثمن تجاه الراسي عليه المزاد المتخلف عن دفع ثمن الشيء المباع .

و يكون المحضر القضائي أو محافظ البيع ملزما بالثمن , إذا لم يستوفيه من الراسي عليه المزاد فورا أو في الأجل المحدد في شروط البيع , و لم يبادر إلى إعادة البيع خلال أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما من تاريخ البيع.

و يعتبر محضر البيع برسو المزاد سندا تنفيذيا تجاه من أشرف منها على البيع ) .

و عليه نرى أن المشرع الجزائري اعتبر محضر رسو المزاد سندا تنفيذيا في مواجهة الراسي عليه المزاد المتخلف عن دفع ثمن الشيء المبيع , أو في مواجهة المحضر القضائي أو محافظ البيع بالمزاد العلني إذا لم يستوفي من أشرف منهما على البيع من الراسي عليه المزاد فورا , أو في الأجل المحدد و إذا لم يبادر إلى إعادة البيع خلال أجل أقصاه 15 يوم من تاريخ البيع الأول , و يعتبر هذا جزاء

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 75 .

(2) – راجع د / أحمد هنيدي ، المرجع السابق ، ص 137 .

– و راجع أيضا د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 86 .

جزاء للشخص الذي تولي عملية البيع و قصر في تحصيل الثمن , وبالتالي كان من الطبيعي أن لا يعاد إعادة البيع على نفقة المدين , و لو كان الأمر كذلك لكان هذا إجحافا و تعسفا في حق هذا الأخير [(1)].

و نجد أن المشرع المصري اتجه إلى تقرير نفس الأحكام على محضر رسو المزاد , حيث اعتبره المشرع المصري سندا تنفيذيا بنص المادة 389 مرافعات مصري : ( إن لم يدفع الراسي عليه المزاد فورا وجب إعادة البيع على ذمته بالطريقة المتقدمة بأي ثمن كان , و يعتبر محضر البيع سندا تنفيذيا بفرق الثمن بالنسبة إليه , و يكون معاون التنفيذ ملزما بالثمن إن لم يستوفيه من المشتري فورا و لم يبادر بإعادة البيع على ذمته , و يعتبر محضر البيع سندا تنفيذيا بالنسبة إليه كذلك [(2)].

**ج – <u>حكم رسو المزاد في العقار</u> :** على خلاف بيع المنقول , لا يقع بيع العقار إلا بموجب حكم يصدره القاضي المختص ببيع العقار , و إذا كان المشرع الجزائري قد استعمل مصطلح حكم رسو المزاد ,أما في مصر فأصبح بعد التعديل في قانون المرافعات المصري يسمى بحكم إيقاع البيع بعدما كان يسمى بحكم مرسي المزاد , لكنه في حقيقته ليس حكما , و إن كان يصدر في شكل الأحكام إلا أنه ليس له معناه سوى الاسم , فهو من الناحية الفنية ليس حكما بالمعنى الدقيق , لأن بيع العقار لا يشكل خصومة قضائية بالمعنى الدقيق , و بالتالي فإن هذا الحكم لا يعد فاصلا في الخصومة , و بالتالي لا تنطبق عليه قواعد الأحكام و خاصة من حيث الطعن فيه [(3)].

و عليه فحكم مرسي المزاد لا يعد حكما بكل معاني الكلمة , و إنما هو إقرار يصدر بما للقاضي من سلطة ولائية [(4)].

و قد نصت المادة 1/764 ق.إ.م.إ : ( لا يبلغ حكم رسو المزاد لأطراف الحجز , و يتم تنفيذه جبرا على الأشخاص المذكورين في المادة 763–7 أعلاه .
يترتب على قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية تطهير العقار و/أو الحق العيني العقاري من كل التأمينات العينية ) .
و كما نصت المادة 765 من نفس القانون على : ( حكم رسو المزاد غير قابل لأي طعن ) , و تقابل هذه المواد المادة 449 مرافعات مصري : ( لا يعلن حكم إيقاع البيع و يجري تنفيذه جبرا بأن يكلف المدين أو الحائز أو الكفيل العيني أو الحارس على حسب الأحوال الحضور في مكان التسليم في اليوم و الساعة المحددين لإجرائه على أن يحصل الإعلان بذلك قبل اليوم المعين للتسليم بيومين على الأقل).

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، نفس المرجع ، ص 87 .
(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 140 .
(3) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 487 .
(4) راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 1005.

## المطلب الرابع
## السندات التنفيذية الأخرى

لقد تضمنت المادة 600 من ق.إ.م.إ حصر عدد معين من السندات التنفيذية , منها ما هو مصدره القضاء سواء إعمالا لسلطته القضائية أو السلطة الولائية , و منها ما هو من مصدر أخر كالموثقين أو المحكمين , و منها ما هو مصدره الأفراد كالشيكات و السفاتج , و قد أدرج المشرع الجزائري هذه السندات لكثرة تداولها , و كذلك لما تتضمنه من حقوق مالية , و بالتالي كان من الطبيعي أن يعطيها المشرع الجزائري صفة السند التنفيذي .

و عليه سنتطرق في الفرع الأول إلى العقود الموثقة باعتباره من أهم السندات التنفيذية غير القضائية و في الفرع الثاني سنخصصه إلى أحكام التحكيم , و في الأخير سنتطرق إلى الشيكات و السفاتج في الفرع الثالث .

### الفرع الأول
### العقود الموثقة

العقود الرسمية التي لها قوة تنفيذية هي المحررات الموثقة التي يقوم بتحريرها موظفون مختصون بالتوثيق , و قد نصت المادة 11-31-32 من قانون التوثيق على أنه يعتبر ما ورد في العقود الموثقة حجة حتى يثبت تزويرها , و تعتبر نافذة في كامل التراب الوطني , و هذه المحررات الموثقة واجبة التنفيذ بذاتها بغير حاجة إلى رفع دعوى و استصدار حكم بالحق الثابت فيها و بدا تختلف عن العقود العرفية لأن هذه الأخيرة ليست لها قوة تنفيذية , و يتعين الالتجاء إلى القضاء لاستصدار حكم بالحق الثابت في العقد العرفي , و عليه فالسندات التي تصدر من الموثقين دون سواهم من الموظفين العموميين المنوط بهم تحرير سائر الأوراق الرسمية هي وحدها سندات تنفيذية قابلة للتنفيذ بعد أن تمهر بالصيغة التنفيذية (1).

---

(1) – راجع المواد11-31-33 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في فبراير يتضمن مهنة الموثق ، منشور في الجريدة الرسمية عدد14 ، سنة 2006.

– وورد في قرار للمحكمة العليا في هذا الصدد صادر تحت رقم 264-26 بتاريخ 1990.09.23 منشور في مبادئ القضاء العقاري دار العلوم الجزائر ، سنة 2000 : ( حيث أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية بل أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط , أما مضمون العقد العرفي فيبقى بعيد كل البعد عن الرسمية ) .

و يمكن تعريف المحررات الموثقة , هي المحررات التي يجري توثيقها بمعرفة العدل , و تكون مؤكدة للتصرفات و العقود التي تجري بين الناس على وجه يصح الاحتجاج و التمسك به , كما يعرف المحرر الموثق بأنه المحرر الذي يتم تحريره بمعرفة الموثقين المختصين في مكاتب التوثيق وفقا للشكل الذي رسمه القانون , و تكون واجبة التنفيذ بوضع الصيغة التنفيذية عليها , أو تلك التي يجريها قناصل الدولة في الخارج , و يجري التنفيذ بمقتضاه داخل الدولة (1).

و يرجع الأصل التاريخي لفكرة إسناد القوة التنفيذية للمحررات الموثقة إلى القانون الفرنسي القديم فقد كان الموثقون مزودين بسلطة قضائية , فكانت العقود التي يصدرونها تعتبر بمثابة أحكام صادرة عن القضاء فكان حضور المتعاقدين أمام الموثق معادلا لمثولهم أمام هيئة قضائية , و قد صدر أمر ملكي سنة 1708 يعطي الموثقين سلطة وضع الختم على الأعمال التي تتم أمامهم , و بهذا أصبح للعمل الموثق قوة تنفيذية بذاته .

**و يبرر بعض الفقهاء و شراح القانون إن إسناد القوة التنفيذية للمحررات الموثقة يرجع بالأساس إلى عدة اعتبارات أهمها :**

**1** – أن صلاحية المحررات الموثقة للتنفيذ بموجبها مظهر من مظاهر الثقة في أعمال الموثقين , و لأن الالتزام الذي يحصل التعهد به أمام الموثق يكون ثابتا بصورة قاطعة تغني الدائن به عن إثباته باللجوء إلى القضاء فالقانون فرض على الموثق حال قيامه بعمله إجراءات قصد رعاية مصالح المتعاقدين منها التثبت من شخصية هؤلاء و صفاتهم و أهليتهم و حريتهم في التصرف و عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة (2).

**2** – أن الشخص الذي أقر أمام الموثق قد ارتضى منح صاحب الحق سندا تنفيذيا يغنيه عن رفع دعوى أمام القضاء و الحصول على حكم بحقه , و عليه فإن الالتزام الذي يحصل التعهد به أمام الموثق يكون ثابتا بصورة قاطعة , ولا يمكن ضحده إلا بالإدعاء بالتزوير في المحرر الرسمي , إلا أن هذا الرأي يلقى نقدا شديدا من بعض الفقهاء , فيقول الدكتور محمد حسنين في هذا الشأن :( فليس صحيحا ما يقال في تبرير ذلك أن المشرع قد أسند هذه القوة التنفيذية للسند الرسمي بسبب الثقة في عمل الموثقين بمقولة أنه قد أوجب على الموثق التثبت من شخصية المتعاقدين و صفاتهم و أهليتهم ,إذ ثمة أوراق رسمية أخرى غير مزودة بـالقوة التنفيذية , مع أنه لو كـانت الثقة هــي وحدها الأساس لوجب أن تزود الأوراق الرسمية

---

(1) – راجع د / أحمد خليفة شرقاوي أحمد ، المرجع السابق ، ص 27 .
– و راجع أيضا د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 113 .
(2) – أنظر هذا الرأي في مرجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 129 .
– و راجع أيضا د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 209 .

الأخرى بالقوة التنفيذية , و ليس صحيحا ما ذهب إليه البعض من أن إسناد القوة التنفيذية للسند الرسمي مرجعه إلى أن العقد شريعة المتعاقدين , لأن هذا القول ينطبق أيضا على العقد العرفي , وهو مع ذلك غير مزود بالقوة التنفيذية , و لا يمكن افتراض أن المدين أقر بحق أمام الموثق قد ارتضى منح صاحب الحق سندا تنفيذيا يغنيه عن رفع دعوى أمام القضاء , والحصول على حكم بحقه لأن الإرادة لا تفترض و نحن نذهب إلى ما ذهب إليه الدكتور وجدي راغب في أن الأساس القانوني للقوة التنفيذية للمحرر الموثق هو التشريع , فالمشرع لا يعترف بإرادة الأفراد وحدها كمصدر للحق في التنفيذ , و لكن يجب أن تضفي السلطة العامة نوع من المصداقية و الرسمية على هذا التصرف ومنه منحت هذه السلطة للموثقين و القول أنه يجب أن ينفذ الأمر بموجب أمر القضاء فهو تحصيل حاصل و سيؤدي إلى نفس النتيجة لذا كان من الأصوب اعتماد هذا الأسلوب أي منح الموثقين سلطة امهار العقود الرسمية بالصيغة التنفيذية (1).

## الفرع الثاني
## أحكام التحكيم

التحكيم نظام قديم بعث من جديد لما فيه من مزايا عديدة جعلت منه أفقا مهما من آفاق مستقبل ممارسة حق التقاضي , أساسه انصراف إرادة الأطراف إلى الاتفاق على حل النزاعات القائمة أو المحتلمة الوقوع بينهم , دون اللجوء إلى قضاء الدول .

فالأصل أن قضاء الدولة هو الذي يتولى الفصل في المنازعات التي تثور بين الأشخاص , ومع ذلك يسمح لهم المشرع بطرح منازعاتهم بعيدا عن المحاكم بأن يتولى الفصل فيها أشخاص معينون يسمون بالمحكمين , ويطلق على موقف المحكمين صيغة الحكم إلا أن هذا المصطلح المجازي لا يعادل الحكم الصادر عن جهة قضائية حكومية , فالحكم القضائي لا يحتاج من حيث قوته إلى مصادقة جهة قضائية أخرى عند مباشرة إجراءات التنفيذ بينما أحكام المحكمين لا تنفذ إلا بأمر من جهة القضاء .

و نحن هنا لا ندرس نظام التحكيم في حد ذاته , فهذا النظام يكاد يكون اليوم علما قائما بذاته وإنما ندرس هذا النظام لتحديد طبيعة حكم المحكم , **هل يعتبر سندا تنفيذيا أم لا ؟ و إذا كان حكم المحكم يعتبر كحكم المحاكم التابعة للدولة , فهل معنى ذلك أنه يحوز القوة التنفيذية مثلما تحوزها الأحكام القضائية أي يكون حكم إلزام فيها حائزا لقوة الشيء المقضي به , أو مشمولا بالنفاذ المعجل ؟**

(1) راجع في شأن هذا الموقف د / محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 69 .

والمبدأ الذي يعتنقه المشرع الجزائري و المشرع المصري و الفرنسي هو عدم الاعتراف بالإرادة الفردية الخاصة وحدها لكي تكون أساسا لتزويد حكم المحكم بالقوة التنفيذية , و حكم المحكم في ذاته و بمجرد صدوره لا يحوز القوة التنفيذية , لأنه ليس صادرا من المحاكم , و بالتالي لابد من الحصول على الأمر بتنفيذ حكم المحكم من قضاء الدولة لأنه في حالة لرقابة خارجية شكلية , و منه فعدم حيازة حكم المحكمين للقوة التنفيذية هو أمر مؤقت و ليس دائم , و يزول بإخضاع هذا الحكم لرقابة قضاء الدولة للتثبت من خلوه من العيوب , و القضاء حينما يراقب هذا الحكم فهو لا يقيده الفصل في النزاع و لا يراقب الجانب الموضوعي الصادر من المحاكم , و إنما يمارس رقابة شكلية **(1)**.

**إن قابلية أحكام التحكيم للتنفيذ في الجزائر** سواء تعلق الأمر بأحكام التحكيم الوطني , أو أحكام التحكيم الدولي مقيدة بمدى موافقة رؤساء الجهات القضائية على منحها الصيغة التنفيذية بعد إيداعها أمانة الضبط عملا بأحكام المواد 1035 إلى المادة 1038 و 1054 من ق.إ.م.إ , **أما في مصر** فإن حكم المحكم لا يصلح سندا تنفيذيا إلا إذا صدر بذلك أمر من القاضي المختص بذلك طبقا للمادة 9/56 من القانون رقم 27 لسنة 1994 بناءا على طلب أي من ذوي الشأن **(2)**.

و يشترط لتنفيذ حكم التحكيم أن يتضمن الحكم أو القرار التحكيمي الشروط الخمسة المحددة من طرف **محكمة النقض الفرنسية** و المعتمدة في كافة الاتفاقيات الدولية , لاسيما اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية , بالإضافة إلى هذا يجب أن يكون القرار التحكيمي غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة , بالإضافة إلى مصادقة الجهات القضائية الصادر في نطاق دائرة اختصاصها القرار التحكيمي إذ تنص المادة 1/1035 من ق.إ.م.إ : ( يكون حكم التحكيم النهائي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر دائرة اختصاصها , و يودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من طرف الذي يهمه التعجيل ) .

و بعد الحصول على الصيغة التنفيذية , فإن القرار التحكيمي الأجنبي سينفذ بناءا على اعتماد القواعد الإجرائية المحلية في تنفيذ الأحكام و القرارات المحلية , و هو ما يحيلنا إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية **(3)**.

---

(1) – راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 89 .

– و راجع أيضا د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 76 .

(2) – راجع د / عبد الحميد المنشاوي ، المرجع السابق ، ص 513 .

(3) – راجع أ / مباركي التهامي ، مقال بعنوان إجراءات تنفيذ قرارات التحكيم التجارية الدولية الأجنبية بالجزائر ، مقال منشور في مجلة المحضر القضائي ، عدد خاص ، الجزائر ، جوان 2008 , ص 22 .

و عليه فإن العملية ستقترن بالرجوع إلى القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية , و القانون رقم 03-06 المتضمن مهنة المحضر القضائي , و ذلك لأن هذا الأخير هو من سيتولى عملية تنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي , و رغم خروجه عن الإطار القضائي الخاص بالمحكمة إلا أنه يظل مرتبطا بها من جهة علاقة المحكمة بالمحضر القضائي من حيث إشكالات التنفيذ و طلب تسخير القوة العمومية و الامتثال لأوامر وقف التنفيذ .

**و في فرنسا** فإن القرار التحكيمي إذا لم يتم تنفيذه طوعا من طرف الأطراف , إلا أنه في حالة رفض أحد الأطراف القيام بذلك , فإنه يجب على الطرف الذي يهمه التعجيل القيام بإجراءات طلب الصيغة التنفيذية على اعتبار أن القرار التحكيمي و إن كان يحوز على حجية الشيء المقضي به , فإنه لا يعتبر سندا تنفيذيا بذاته , وعليه يجب طلب تنفيذ القرار التحكيمي من قاضي التنفيذ لمحكمة الاختصاص العام والتي يوجد بدائرة اختصاصها الطرف المنفذ عليه , أو المكان الذي يراد فيه تنفيذ القرار التحكيمي (1).

وهذا وفقا للمادة 1477 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي , كما يمكن طلب التنفيذ أمام محكمة الاستئناف إذا تم الطعن في القرار التحكيمي و هذا وفقا للمادة 1479 من نفس القانون .

و يصدر القاضي الذي ينظر في الطلب بموجب أمر غير قابل لأي طعن إذا كان قراره بالقبول ( المادة 1488 من نفس القانون ) , و في حالة الرفض فإن الأمر الذي يصدره قاضي التنفيذ يكون قابل للاستئناف في هذه الحالة ( 1489 من نفس القانون) (2).

و نشير أن قاضي التنفيذ يقوم بفحص القرار التحكيمي و خلوه من أي عيب جوهري , و كذلك عدم مخالفته للنظام العام في فرنسا , هذا بالإضافة إلى الشروط الأخرى مثل وجود الشرط التحكيمي أو مشارطة التحكيم .

---

(1) -Roger Perrot – Philippe Thery / op-cit , p 330 , Gerard couches , op-cit , p48.

(2)– لمزيد من التفصيل راجع الموقع الإلكتروني التالي :.

http://www.legalis.net/ata/html/la_sentence_arbitrale_et_les_voies_de_recours.htm

## الفرع الثالث
## السفاتج و الشيكات

لقد أكد المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد على الطبيعة التنفيذية للسفاتج و الشيكات , حيث لم يكن منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية القديم كسندات تنفيذية إلا أن نصوص القانون التجاري , و القانون رقم 87–20 المؤرخ في 23 ديسمبر 1987 المتضمن قانون المالية لسنة 1988 , جعل منها سندات تنفيذية تحول لحاملها القيام بإجراءات التنفيذ الجبري , و بهذا يكون المشرع الجزائري قد أضفى نوع من الانسجام بين القوانين .

و تعتبر السفاتج أوراق تجارية بحسب الشكل وفقا للمادة 03 من القانون التجاري بقولها : ( يعد عملا تجاريا بحسب شكله , التعامل بالسفتجة بين الأشخاص ) , و عليه فالسفتجة سند تجاري يخضع لأحكام المادة 389 من القانون التجاري , و يقصد بالسفتجة كل محرر صادر من دائن يكلف مدينه دفع مبلغ معين في تاريخ معين لإذن شخص ثالث أو لإذن الدائن نفسه , أو لإذن الحامل للمحرر والاحتجاج بعدم الدفع هو عبارة عن ورقة رسمية تحرر لإثبات امتناع المسحوب عليه عن الدفع ليحفظ حقه في الرجوع على الضامنين وفق ما تنص عليه المادة 1/427 من القانون التجاري الجزائري : ( يجب إثبات الامتناع عن القبول أو الامتناع عن الدفع بإجراء من كتابة الضبط ), و يعود غرض المشرع من إثبات الامتناع عن الوفاء في ورقة رسمية أن يكون تقصير المسحوب عليه ثابتا بشكل قاطع و حاسم لكل منازعة يمكن أن تثار بشأنه [1].

و يلتزم الحامل بتحرير احتجاج عدم الدفع في خلال العشرين يوما الموالية الذي يجب فيه دفع قيمة السفتجة , أما إذا تعلق الأمر بالسفتجة الواجبة الدفع بمجرد الإطلاع , في هذه الحالة يكون تحرير الاحتجاج في هذا النوع من السفتجات يخضع لنفس المادة 3/427 من القانون التجاري التي تنص على : ( يجب دفع الاحتجاج لعدم وفاء السفتجة الواجب دفعها في يوم محدد أو في أجل معين من تاريخها أو من تاريخ الإطلاع عليها , فإنه يجب تقديم الاحتجاج ضمن الشروط المبينة في الفقرة السابقة و المتعلقة بالاحتجاج لعدم الوفاء ) , و يوجه الاحتجاج سواء لعدم القبول أو لعدم الوفاء إلى موطن المسحوب عليه أو أخر موطن معروف له [2].

---

(1) – راجع د / نادية فضيل ، الأوراق التجارية في القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع – الجزائر ، طبعة 2005 , ص 08 .

(2) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 84 .

و قد نصت المادة 440 من القانون التجاري : ( يعتبر تبليغ احتجاج لعدم الوفاء الذي و عليه اعتبرت المادة 440 من القانون التجاري الاحتجاج بعدم الدفع سندا بإلزام المسحوب عليه بالدفع وبالرجوع إلى نص المادة 600 من ق.إ.م.إ التي اعتبرت السفاتج سندات تنفيذية و منه تحول لصاحبها القيام بإجراءات الحجز على أموال المسحوب عليه .

و أما " الشيك" فهو ليس ورقة تجارية حيث لم يذكر في نص المادة 03 من القانون التجاري , لكنه على خلاف السندات الأخرى كالسفتجة و السند لأمر و غيرها من السندات التجارية يعتبر أداة وفاء و ليس أداء ضمان , فهو مستحق الوفاء بمجرد الإطلاع , و تضفى الصفة التجارية على الشيك إذا حرر بمناسبة عمل تجاري , أو لوفاء لدين من طبيعة تجارية سواء قام بتحريره تاجر أو غير تاجر فإنه تسري على الشيك أحكام الرجوع لعدم الوفاء بالنسبة للسفتجة , و إذا لم يتم الوفاء بقيمة الشيك لدى الإطلاع يمكن لحامله أن يوجه أمرا بالدفع خلال أجل 20 يوما , و بانقضاء هذه المهلة دون الوفاء يمكن القيام عن طريق أمر صادر على عريضة أن يباشر بالقيام بحجز ممتلكات المحجوز عليه و قد نصت المادة 536 من القانون التجاري : ( يعد تبليغ شهادة عدم الوفاء لانعدام الرصيد أو نقصه لساحب الصك بمثابة أمر بالدفع .

و في حالة عدم الدفع ضمن أجل عشرين يوما إبتداء من تاريخ إصدار التبليغ المنصوص عليه في الفقرة السابقة يمكن لحامل الصك عن طريق القيام بأمر صادر في ذيل عريضة بحجز و بيع أملاك المسحوب عليه ضمن الشروط التي أقرها التشريع المعمول به في حالة وجود صعوبة , يلتمس كاتب الضبط المكلف بالتنفيذ قاضي الأمور المستعجلة طبقا لأحكام المادة 183 من قانون الإجراءات المدنية ) [1].

**و في مصر** فلم تشر المادة 280 من قانون المرافعات المصري إلى الشيكات أو السفاتج من ضمن السندات التنفيذية , و في حالة اسندات التنفيذية , و في حالة الاحتجاج بعدم الدفع بالنسبة للسفتجة يمكن لحاملها اللجوء إلى إجراء الحجز التحفظي وفقا للمادة 513 مرافعات مصري . أما في فرنسا فقد تضمن القانون رقم 72-10 الصادر بتاريخ 03 جانفي 1972 , و الذي تم تعديله بموجب القانون رقم 85-695 الصادر بتاريخ 11 جويلية 1985 , و تعتبر هذه النصوص تطبيق لنص المادة 3/65 من المرسوم التشريعي الصادر بتاريخ 30 أكتوبر 1935 و المتعلق بالشيك .

---

(1) - يجب هنا مراعاة الأحكام الجديدة المنصوص عليها في القانون رقم 06-03 المتعلق بمهنة المحضر القضائي , و أحكام القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد على اعتبار أن أحكام القانون التجاري صدرت سنة 1975 و لم يتم تعديلها إلى الآن بما يتماشى مع نصوص القوانين الجديدة .

و عليه في حالة عدم الوفاء بقيمة الشيك لعدم وجود رصيد كاف , فإن ساحب الشيك و بناءا على تبليغ من البنك له مهلة ثلاثون يوما من تاريخ تقديم الشيك للوفاء لأول مرة , إما الوفاء بقيمة الشيك أو توفير رصيد كاف , وفي حالة عدم القيام بذلك يقوم البنك و بناءا على طالب المستفيد من الشيك بتقديم شهادة عدم الدفع والتي يتم تبليغها للساحب من طرف المستفيد أو من طرف المحضر القضائي و يعتبر هذا التبليغ بمثابة إلزام بالدفع , وفي حالة عدم قيام الساحب الوفاء بقيمة الشيك خلال 15 يوما من تاريخ تسلمه رسالة المستفيد أو من تاريخ تبليغه من طرف المحضر القضائي , يقوم هذا الأخير بتسليم نسخة تنفيذية مـن توقيعه للمستفيد , إذ يمكـن لهذا الأخير القيام بإجراء الحجز على أموال الساحب (1).

هذا , و نرى أن المشرع الفرنسي قد أعطى للمحضر القضائي سلطة إصدار سند تنفيذي , بحيث أن المستفيد من الشيك الذي قام بكل الإجراءات لتحصيل مبلغ الدين يمكنه أن يتحصل على سند تنفيذي دون أن يرجع إلى المحكمة , على عكس التشريع الجزائري الذي يشترط على المستفيد من الشيك استصدار أمر على عريضة لمباشرة إجراءات التنفيذ , و نرى أن التشريع الفرنسي أكثر مرونة و بساطة من التشريع الجزائري , لكن هذا لا يعني أن التشريع الجزائر لا يتضمن إجراءات مرنة طالما إن إجراء طالما إن إجراء طلب أمر على عريضة أضفى عليه المشرع الجزائري نوع من المرونة والبساطة .

## الفرع الرابع

## العقود و الأوراق التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي

تضمنت المادة 600 ق.إ.م.إ ذكر 13 نوع من الأوراق و العقود المسماة التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي , و هذا التعداد جاء على سبيل الحصر لا المثال , إلا أن المشرع الجزائري و في أخر المادة 600 من ق.إ.م.إ جعل المجال مفتوحا لعدد آخر من الأوراق و العقود التي يضفي عليها القانون صفة السند التنفيذي , حيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة السالفة الذكر على : ( و تعتبر أيضا سندات تنفيذية كل العقود و الأوراق التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي ).

و لقد منح المشرع الجزائري صفة السند التنفيذي لطائفة من المحررات و العقود بموجب نصوص خاصة , منها على سبيل المثال سندات التحصيل عن إدارة أملاك الدولة و هيئات الضمان الاجتماعي و عقد الرهن القانوني لفائدة البنوك و المؤسسات المالية و غيرها من السندات التي لا يتسع المقام لذكرها جميعا , و عليه سنحاول التطرق إلى هذه السندات على وجه الاستدلال لا الحصر .

---

(1) – voir Roger Perrot – Phillipe Therry , op-cit , p 335 .
- et Claude Brenner , op-cit , p 42.

**أ – سندات التحصيل الصادرة عن أملاك الدولة :** لقد استحدث المشرع الجزائري في قانون المالية لسنة 1992 , قسم تحت عنوان : أحكام متعلقة كالأملاك الوطنية من المادة 140 إلى المادة 154 إذ تحول هذه الأحكام مفتش أملاك الدولة المختص إقليميا بتحصيل مستحقات إدارة أملاك الدولة وذلك بإصدار إشعار للمدين بنقود تجاه أملاك الدولة , أو الحائز لمبالغ تعود لمدين هذه الإدارة ويمكن أن يصدر" إشعار للغير الحائز avis au tiers détenteur " , للمؤسسة المستخدمة للمدين , أو البنك المودع لديه أموال المدين , و يلزم الغير الحائز بتنفيذ الإشعار , وتجب الإشارة في هذه الحالة أن مفتش أملاك الدولة لا يمكنه إصدار إشعار للغير إلا بعد تبليغ مدين إدارة أملاك الدولة سند التحصيل و الإنذار (1).

فالمدينون تجاه أملاك الدولة , أو الغير الحائز لأموال مدين إدارة الدولة هم مطالبون بدفع مستحقاتهم نحو الخزينة العمومية في آجال الاستحقاق , و إلا أصدر ضدهم مفتش أملاك الدولة سند تحصيل يمهر بالصيغة التنفيذية من المدير الولائي لأملاك الدولة , كما يمكن للمدين أن يقدم طعن في صحة الدين أو مقدار المبالغ عن طريق اعتراض مكتوب يوجه إلى المدير الولائي لأملاك الدولة ويسمح هذا الإجراء بتأجيل الدفع شريطة أن يقدم المدين ضمانات من شأنها تحصيل هذه المبالغ , و في حالة الرفض يمكن لهذا الأخير توجيه الطعن إلى القضاء (2).

**ب –العقود الصادرة عن هيئات الضمان الاجتماعي :** تضمن القانون رقم 08–08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي , الإجراءات الخاصة المطبقة من قبل هيئات الضمان الاجتماعي ضد المكلفين المدنين لتحصيل المبالغ المستحقة , و يتم تحصيل هذه المبالغ , و يتم تحصيل هذه المبالغ بعنوان الاشتراكات الأساسية و الزيادات و الغرامات على التأخير و استرداد المبالغ غير المستحقة عن طريق الإجراءات المقررة في المادة 45 من نفس القانون بإحدى الطريقتين (3):

**1** – التحصيل عن طريق الجدول من قبل مصالح الضرائب بمقتضى جدول محدد للدين .

**2** – الملاحقة وفق استمارة يوقع عليها مدير وكالة هيئة الضمان الاجتماعي المعينة تحت مسؤوليته

---

(1) – راجع القانون رقم 91–25 مؤرخ في 18 ديسمبر 1991 يتضمن قانون المالية لسنة 1992 ، معدل و متمم ، منشور في الجريدة الرسمية ، عدد 65 ، سنة 1991.

- و راجع أيضا أ / اعمر يحياوي ، منازعات أملاك الدولة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر ، 2004، ص 23-31.

(2) - راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 88-89 .

(3) – أنظر القانون رقم 08–08 المؤرخ في 16 صفر عام 1429 ، الموافق 23 فبراير 2008 ، يتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي ، منشور في الجريدة الرسمية ، عدد 11 لسنة 2008 .

– أنظر المرسوم التنفيذي رقم 09–174 المؤرخ في 02 ماي 2009 المحدد لنموذجي الاستمارتين من أجل التحصيل الجبري لاشتراكات الضمان الاجتماعي عن طريق الجداول و الملاحق .

الشخصية , و يؤشر عليها رئيس المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها مكان إقامة المدين , و تنفذ وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المقررة للتنفيذ الجبري .

**3** – أو المعارضة على الحسابات البريدية الجارية أو الحسابات البنكية في حدود المبالغ المستحقة , ثم تستكمل الإجراءات وفقا للمادتين 59 و 60 من نفس القانون .

**4** – الاقتطاع من القروض بعد إعذار المدين و دعوته إلى تسوية وضعيته في أجل ثلاثين يوما .

**ج – الرهن القانوني لفائدة البنوك :** يعتبر الرهن القانوني على الأملاك العقارية لفائدة البنوك والمؤسسات المالية سندا تنفيذيا لتحصيل الديون و الالتزامات التي يتفق عليها وهذا عملا بالمادة 96 من قانون المالية لسنة 2003 , و لهذا السند نفس قيمة الحكم القضائي النهائي , و تمنحه المحكمة المختصة الصيغة التنفيذية , مما يخول للبنوك و المؤسسات المالية الحجز على الأملاك العقارية المرهونة [1].

و لقد أشرنا سابقا– أن المشرع الجزائري قد قام بحصر السندات التنفيذية بموجب المادة 600 ق.إ.م.إ و هي 13 سند تنفيذي , و في أخر نص المادة أضاف حكم عام بحيث هناك أوراق و عقود أخرى أعطاها القانون صفة السند التنفيذي , و بهذا فتح المجال لسندات تنفيذية أخرى بموجب قوانين أخرى على غرار قانون الإجراءات المدنية و الإدارية , و هو نفس النهج الذي انتهجه المشرع المصري حيث قام بتعداد السندات التنفيذية و هي الأحكام القضائية و الأوامر و المحررات الموثقة ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم أو مجالس الصلح , كما أضاف المشرع المصري حكم عام على مثل المشرع الجزائري حيث ترك المجال مفتوحا لمحررات أخرى يعطيها القانون صفة السند التنفيذي [2].

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 91 .

(2) – راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 17 .

– و راجع أيضا د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 140 .

## المطلب الخامس
## الشروط الإجرائية

يتجلى الفرق الظاهر بين الحجز التحفظي و الحجز التنفيذي خاصة في هذه المرحلة , فالحجز التحفظي كما سبق ذكره لا يشترط فيه القيام باتخاذ إجراء مقدمات التنفيذ , و إنما يقوم على فكرة المباغتة و المفاجئة , خاصة إذا علمنا بأن الغرض من هذا الإجراء هو ضبط المال و منع المدين من التصرف فيه أو تهريبه , و هذا الشيء مفهوم و مقبول في الحجز التحفظي , أما في الحجز التنفيذي فإن الأمر يختلف ما دام أن الغاية من هذا الأخير هي ضبط المال و من ثم بيعه من أجل استيفاء قيمة الدين حيث تنص المادة 612 ق.إ.م.إ : ( يجب أن يسبق التنفيذ الجبري , التبليغ الرسمي للسند التنفيذي و تكليف المنفذ عليه بالوفاء , بما تضمنه السند التنفيذي في أجل خمسة عشر (15) يوما.
تطبق في التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء أحكام المواد من 406 إلى 416 من هذا القانون ).

و عليه لا تباشر إجراءات التنفيذ إلا بعد انقضاء المهلة المحددة قانونا , و علة هذه القاعدة هي أن الأصل في إجراءات المرافعات هو مبدأ المواجهة , بمعنى أن يكون الخصم الذي يتخذ الإجراء ضده على بينة منه حتى يستعد له , فالقانون يستبعد فكرة المباغتة بالإجراء في هذه الحالات و ذلك لما ينجر عنه من إخلال بحق الدفاع إن كان له وجه , فالدائن حتى و إن كان بيده سند تنفيذي فإن هذا لا يخول له الحق في مباشرة الحجز إلا بعد إعلان السند و تكليف المدين بالوفاء في مهلة محددة قانونا وانقضاء هذه المدة , فقد يبادر المدين إلى الوفاء اختيارا فيتجنب بذلك إجراءات التنفيذ الجبري وما ينجر عنه من نفقات إضافية و إحراج المدين أمام الناس , أو لاحتمال أن يكون للمدين دفاع في هذا الشأن فيستعد ليتقي التنفيذ , و فضلا عن ذلك فإن الدائن يعتبر متسامحا مع المدين في إيقاع التنفيذ إلى أن يقوم بإعلانه بسند التنفيذ و تكليفه بالوفاء , فتنتفي بذلك مظنة التسامح فإعلان السند التنفيذي إذن يقوم في مجال التنفيذ بدور مماثل لدور الإعذار في نطاق الالتزامات أو القانون الموضوعي [1].

و عليه فالغرض من الإعلان هي إحاطة المدين علما بالسند التنفيذي , و بما هو مطلوب منه وإنذاره بإجراء التنفيذ الجبري إن لم يحصل الوفاء خلال المهلة القانونية الممنوحة له بموجب المادة 612 ق.إ.م.إ [2].

---

(1) – راجع د / محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 81 .
– و راجع أيضا د / محمد الصاوي مصطفى ، المرجع السابق ، ص 431 .
(2) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 181 .
– و راجع أيضا د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 141 .

و قد يبادر الدائن إلى إعلان بنيته الهجومية من خلال اتخاذ مقدمات التنفيذ , مما يحرك مشاعر الخوف لدى المدين , فيبادر إلى تفادي الإجراءات اللاحقة و ما يترتب عليه من نفقات , فيهرع إلى الوفاء و قد تحسب المشرع لهذه الحالة و منح وسائل تمكن المدين من تجنب تبعات الحجز , و ذلك بالسعي و المبادرة بعرض الوفاء , أو الإيداع و التخصيص , و على ضوء ذلك سنتطرق إلى إجراء اتخاذ مقدمات التنفيذ في **الفرع الأول** , و عرض الوفاء في **الفرع الثاني** , و الإيداع و التخصيص في **الفرع الثالث** (1).

## الفرع الأول
## اتخاذ مقدمات التنفيذ

تبدأ مقدمات التنفيذ بإجراء إعلان السند التنفيذي و التكليف بالوفاء , و الإعلان القضائي هو وسيلة علم الشخص بما يتخذ ضده من إجراء , وأساس فكرة الإعلان القضائي هو مبدأ المواجهة , إذ لا يجوز اتخاذ إجراء ضد شخص دون تمكينه من العلم به و دون إعطائه الفرصة للدفاع عن نفسه (2).

إن تبليغ أو إعلان السند التنفيذي للمدين هو المقدمة الضرورية للتنفيذ , و هو تكريسا لمبدأ المواجهة في التنفيذ الجبري , و لذلك فهو لازم رعاية لمصلحة المدين لأنه لابد أن يحاط هذا الأخير علما ليتمكن من التأكد مما إذا كان الدائن صاحب حق في التنفيذ أم لا , أو لإبداء المعارضة في ذلك كما يعتبر فرصة للمدين للوفاء الاختياري قبل اتخاذ إجراء التنفيذ الجبري , فهو يقوم مقام الإعذار في نطاق نظرية الالتزام , و من جهة أخرى يؤكد امتناع المدين عن الوفاء مما يبرر اتخاذ الإجراءات اللاحقة في مواجهته و يترتب على إعلان السند جملة من النتائج نذكر منها :

– أن الدائن غير ملزم عند إعلان السند التنفيذي ببيان طريق التنفيذ الذي سيتبعه , و لا بيان الأموال المراد توقيع الحجز عليها.
– أن إعلان السند التنفيذي ينتج أثره حتى و إن التنفيذ مستحيلا من الناحية الواقعية أو القانونية .
– أن إبلاغ السند التنفيذي لا يترتب عليه ما يترتب على إجراءات التنفيذ كأسبقية الدائن مباشرة الإجراءات (3).

---

(1) – و ينتقد الشراح الفرنسيون بأن النص على ضرورة التنبيه على المدين بالوفاء قبل الشروع في التنفيذ ، بأن هذا الإجراء بعد إعلان السند التنفيذي ليس له فائدة ، فضلا عن أنه يمكن المدين من تهريب أمواله خصوصا المنقولات منها ، و لكن ما يخفف هذا النقد أن الغالب في العمل أن يحصل التنبيه و إعلان السند بإجراء واحد .
(2) – راجع / عبد الفتاح مراد ، أصول أعمال المحضرين في الإعلان و التنفيذ , منشأة المعارف الإسكندرية ، 1995 ص 58.
(3) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 166 .

و لقد نصت المادة 600 ق.إ.م.إ على ضرورة اتخاذ مقدمات التنفيذ , أي إعلان السند التنفيذي وتكليف المدين بالوفاء , و تقابل نص المادة 600 السالفة الذكر المادة 281 مرافعات مصري : ( يجب أن يسبق التنفيذ إعلان السند التنفيذي لشخص المدين أو في موطنه الأصلي و إلا كان باطلا .

و يجب أن يشتمل هذا الإعلان تكليف المدين الوفاء و بيان المطلوب و تعيين موطن مختار لطالب التنفيذ في البلدة التي بها مقر محكمة التنفيذ المختصة .

و يجب عند الشروع في تنفيذ عقد رسمي بفتح اعتماد أن يعلن معه مستخرج بحساب المدين من واقع دفاتر الدائن التجارية , و لا يجوز إجراء التنفيذ إلا بعد مضي يوم على الأقل من إعلان السند التنفيذي ).

و عليه نلاحظ أن المشرع المصري قد منح مهلة قصيرة للمدين للوفاء بالتزاماته , على عكس المشرع الجزائري الذي منح المدين مهلة 15 يوما و المشرع الفرنسي الذي منح المدين مهلة ثمانية أيام و حسب رأيينا أن المشرع المصري قد ضيق كثيرا على المدين , فمهلة يوم كامل غبر كافية للمدين في أن يتدبر أمره للوفاء بالتزاماته [(1)].

**أ – <u>الحالات التي يجوز فيها التنفيذ بدون اتخاذ مقدمات التنفيذ</u> :** يتدخل المشرع في بعض الحالات ليستكمل سلسلة الحماية لأصحاب الحقوق و المراكز التي لا تحتمل حمايتها تأخيرا مند اللحظة الأولى في التقاضي بشأنها و حتى اللحظة الأخيرة , أي لحظة التنفيذ فيغلب المشرع هنا مصلحة طالب التنفيذ على مصلحة المنفذ ضده , و يضحي بمبدأ المواجهة في سبيل انقاد الحق أو المركز القانوني الذي لا يقتضى إلا بالحماية المستعجلة .

و يتجه المشرع الجزائري إلى تبني هذا الاتجاه , إذ يسمح للدائن المنفذ أن يباشر بتوقيع الحجز التحفظي دون اتخاذ مقدمات التنفيذ , أي التكليف بالوفاء و عدا في حالتين , و هما إذا كان التنفيذ يتم بموجب أمر استعجالي ,أما الحالة الثانية إذا كان التنفيذ يتم بموجب حكم مشمول بالنفاذ المعجل , و قد نصت المادة 614 ق.إ.م.إ على : ( يجوز إجراء التنفيذ الجبري بمجرد التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء بما تضمنه السند التنفيذي , دون مراعاة الآجال المنصوص عليها في المادة 612 أعلاه , فيما يأتي :

---

(1) – ينتقد بعض الفقهاء في مصر قصر المدة للممنوحة للمدين ، حيث يرون أنه كان من الأفضل أن تكون أكثر من ذلك ( المهلة في التشريع الإيطالي عشرة أيام ، و في التشريع اللبناني خمسة أيام ، و في التشريع الأردني يوم واحد ) حتى يتمكن المدين فعلا من تدبير أمره للوفاء ، لكن ينتقد البعض الأخر منح أي مهلة للمدين و لو كانت يوما واحدا على اعتبار أن المهلة تمكنه من تهريب أثمن أمواله ، لكن يرد على ذلك بأن الخوف من قيام المدين بتهريب أمواله اعتبار قائم أيضا حتى و لو لم يمنح المدين أية مهلة إذ أن المدين سيئ النية يعمد إلى ذلك بمجرد صدور حكم عليه بل و حتى من قبله .

– للتفصيل أكثر راجع د ، أحمد خليل المرجع السابق ، الهامش ، ص 232 .

**1**– إذا كان التنفيذ يتم بموجب أمر استعجالي .

**2**– إذا كان التنفيذ يتم بموجب حكم مشمول بالنفاذ المعجل ).

**و نجد أن المشرع المصري** يتبنى نفس هذا الاتجاه لكنه يختلف عن التشريع الجزائري في الحالات التي يسمح بها التنفيذ دون اتخاذ مقدمات التنفيذ , و الحالات المستثناة في التشريع المصري هي أن يتم تنفيذ الحكم على أصله بموجب مسودته , و الثانية في الحجز التحفظي و هذا وفقا للمادة 286 مرافعات مصري و عليه نرى أن المشرع الجزائري كان أكثر صوابا من نظيره المصري وخاصة فيما يتعلق بالحجز التحفظي , ذلك أن هذا الأخير يوقع مباغتة للمدين , و بالتالي لا مجال إعلان السند و تكليف المدين بالوفاء و من ثم فلا مجال أيضا من استثنائه من ضرورة إبلاغ السند التنفيذي والإنذار .

**ب – <u>مشتملات إعلان السند التنفيذي و التكليف بالوفاء</u> :** من المستقر عليه أن إعلان السند التنفيذي كمقدمة من مقدمات التنفيذ يتم بموجب ورقة من أوراق المحضرين , التي تتصف بالشكلية والرسمية ومعنى هذا أنه يتعين أن يثبت بالكتابة و أن يشمل على البيانات التي أوجب القانون ذكرها فيها.

و اشتراط كتابة البيانات في محاضر المحضرين ليس مجرد ضمان ثبوتها حتى يتمكن من الاستناد عليها , و إنما الكتابة شرط لوجود هذا المحضر بالفعل , و هذا ما يفسر القول بأن الإجراء يندمج في دليله , فالمحضر المثبت له يعد هو ذات الإجراء و لا يمكن إثبات اتخاذ الإجراء إلا بتقديم أصل المحضر (1).

و تضمنت المادة 613 ق.إ.م.إ , و تقابلها المادة 1/281 مرافعات مصري على البيانات الواجب توفرها في محضر إعلان السند و التكليف بالوفاء , تحت طائلة القابلية للإبطال في كلا القانونين وهذا البطلان ليس من النظام العام , بل هو مقرر لمصلحة المدين و ليس لغيره , و قد انفرد التشريع الجزائري عن التشريع المصري في أن حدد أجل لطلب الإبطال أمام قاضي الاستعجال خلال 15 يوما التالية لتاريخ التبليغ , و عليه نرى أن هذا الأجل هو أجل سقوط فإذا لم يقم به من تقرر لمصلحته بعد مرور المدة فلا مجال للتمسك به أو المطالبة لاحقا لإبطال إجراءات التنفيذ , و عليه يمكن حصر البيانات الجوهرية لمحضر إعلان الحجز و التكليف بالوفاء فيما يلي :

**1** – تحديد هوية أطراف التنفيذ , أي ذكر اسم و لقب المنفذ و صفته , شخصا طبيعيا أو معنويا وكذلك نفس الأمر بالنسبة للمنفذ عليه .

**2** – ذكر الموطن الحقيقي لطالب التنفيذ , و تعيين موطن المختار في دائرة اختصاص محكمة التنفيذ .

---

(1) – راجع أ / أحمد خلاصي ،المرجع السابق ، ص 274 .

**3** – تكليف المدين بالوفاء خلال الأجل الذي حدده القانون و إنذاره بأنه إذا لم يفعل أجري التنفيذ الجبري على أمواله دون حاجة إلى بيان طريق التنفيذ الذي يستتبع , أو المال الذي سيحجز [(1)].

**4** – مقدار الدين حتى يحقق إعلان السند وظيفته و غايته , و يجب أن يتضمن بيان الأداء المطلوب من المدين , سواء كان هذا الأداء مبلغ من النقود أو أداء عمل من الأعمال [(2)].

**5** – بيان مصاريف التنفيذ و الأتعاب المستحقة للمحضر القضائي [(3)].

**6** – توقيع و ختم المحضر القضائي .

و نشير أن هذه البيانات نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 613 ق.إ.م.إ , أو المادة 281 مرافعات مصري قد تطرقت إلى ذكر بعض هذه البيانات بصفة صريحة دون أن تذكر البيانات الأخرى و حسب رأيينا فإن عدم ذكرها لا يعني أنها ليست إجبارية , فعدم إدراج شرط بيان هوية المنفذ أو المنفذ عليه لا يعني أن يخلو الإعلان من هذه البيانات الجوهرية فهي لازمة ومفترضة.

**ج – <u>طلب التنفيذ</u> :** لا يجبر أحد على اقتضاء حقه رغما عنه , لهذا لا يجوز للمحضر القيام بأعمال التنفيذ من تلقاء نفسه , و إنما يجب أن يكون الطلب بناءا على طلب من ذي صفة , و تظهر حكمة اقتضاء الطلب في اعتبارين و هما :

**1– اعتبار سياسي** يتعلق بفكرة الحق الذي يحميه الذي يحميه القانون , فهو مركز ذاتي يقوم على حماية مصلحة خاصة و لذا تتوقف هذه الحماية على إرادة صاحبه , و يتنافى مع فكرة الحق إرغام صاحبه على اقتضاءه جبرا [(4)].

**2– اعتبار فني** , فمن مظاهر حياد القضاء أن يكون النشاط القضائي مطلوبا و ليس تلقائيا [(5)].

---

(1) – اعتمد المشرع الجزائري مصطلح " التكليف بالوفاء " بدلا من "الإلزام بالدفع "، لأن الوفاء اشتمل و أدق في الدلالة وموضوع التنفيذ ليس بالضرورة إلزاما بدفع شيء ، وإنما الوفاء بما تضمنه السند التنفيذي ، و هو نفس المصطلح الذي اعتمده المشرع المصري في قانون المرافعات المصري الجديد ، بينما المشرع الفرنسي استعمل مصطلح "الإلزام بالدفع commandement a payer " .

– و راجع أيضا فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 234 .

(2) – نشير أن المشرع الجزائري استعمل عبارة المصاريف التي يلتزم بها المنفذ عليه للدلالة على مبلغ الدين ، و هذه العبارة غير سليمة و واضحة ذلك أن بيان الأداء يحدد المطلوب من المدين سواء كان مبلغ من النقود ( و ليس المصاريف ) أو أداء عمل معين.

(3) – تتحدد المصاريف المستحقة للمحضرين القضائيين بموجب المرسوم رقم 78–09 المؤرخ في 11 فيفري 2009 .

(4) – راجع القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 94 .

(5) – راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 147 .

– و راجع أيضا د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 251 .

و الجدير بالذكر أنه ليس هناك شكل خاص للطلب , و لكنه يجب أن يكون مصحوب بالنسخة التنفيذية حتى يكون المحضر ملزم بالتنفيذ , كما أنه ليس عناك ميعاد لتقديمه , فيمكن تقديم إعلان السند التنفيذي , أو بعد هذا الإعلان أو معاصر له [1].

و قد نصت المادة 611 ق.إ.م.إ : ( يتم التنفيذ من طرف المحضرين القضائيين , بناء على طلب المستفيد من السند التنفيذي أو من ممثله القانوني أو الإتفاقي .

تثبت علاقة الدائن بممثله طبقا لما يقرره القانون ) , و تقابل نص المادة 611 ق.إ.م.إ المادة 1/279 مرافعات مصري حيث تنص : ( يجري التنفيذ بواسطة المحضرين و هم ملزمون بإجرائه بناء على طلب ذي الشأن متى سلمهم السند التنفيذي ) .

## الفرع الثاني
## عرض الوفاء و الإيداع

تتبين نية الدائن من خلال إعلان السند و التكليف بالوفاء , أنه تقمص دور المهاجم لاستعادة حقه و أنه سائر في اتخاذ الإجراءات القانونية التي يجيزها القانون , و رغما عن هذا الإجراء فقد منح المشرع فرصة أخرى للمدين لكي يتجنب هذه الإجراءات , و بالتالي يتجنب الإحراج و الإساءة و يتفادى المصاريف الإضافية الناجمة عن توقيع الحجز , وهذه الفرصة تتمثل في عرض الوفاء و الإيداع و يمكننا القول عن عرض الوفاء بأنه تعبير حقيقي و جدي عن إرادة المدين و استعداده للوفاء بالتزاماته.

و قد نصت المادة 584 /1 ق.إ.م.إ : ( يقدم عرض الوفاء بواسطة محضر قضائي في الموطن الحقيقي أو المختار , و يبلغ رسميا وفقا لأحكام هذا القانون ) .

و لقد حددت المادة السالفة الذكر الإجراءات الواجب إتباعها لعرض الوفاء , إذ لا يتم هذا الإجراء إلا عن طريق محضر قضائي , و منه فالعرض الذي يقدمه المدين نفسه لا يعتد به و لا ينتج أثر قانونيا و عليه فيجب أن يقدم عرض الوفاء بواسطة محضر قضائي بناءا على طلب المدين ,في الموطن الحقيقي أو المختـار للدائن , و يكون التبليـغ رسميـا وفقا لنص المادة 406 ق.إ.م.إ و منه تسري عليه

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، نفس المرجع ، ص 253 .
– و راجع د / وجدي راغب ، نفس المرجع ، ص 146 .
– و راجع أيضا د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 215 .

أحكام التبليغ الرسمي , و يجب تنبيه الدائن بموجب هذا التبليغ أنه في حالة رفض العرض سيتم الإيداع بمكتب المحضر القضائي أو بأمانة ضبط المحكمة في اليوم و الساعة المحددة في طلب العرض , و أنه له مهلة سنة لاستلام العرض فإذا ما أنقضت , فسيسقط حقه في المطالبة بالشيء المعروض للوفاء .

إن تبليغ عرض الوفاء يتم عن طريق محضر يحرره المحضر القضائي , و يجب أن يتضمن البيانات المحددة في نص المادة 584 ق.إ.م.إ و هي :

- بيان هوية المدين و الدائن .
- بيان الشيء المعروض و وصفه وصفا دقيقا بحيث لا يمكن استبداله .
- ذكر أسباب العرض.
- رفض أو قبول الدائن للعرض , مع توقيعه أو توقيع الشخص المبلغ له أو الإشارة إلى رفض التوقيع أو عدم القدرة على ذلك.
- تنبيه الدائن بأنه في حالة رفض العرض سيتم إيداع الشيء في مكتب المحضر القضائي , أو أمانة الضبط عند الاقتضاء , و أن له مهلة سنة من تاريخ الإيداع و إلا سقط حقه .

و لقد أشارت المادة 585 ق.إ.م.إ الفقرات 3 و 4 إلى أن الإيداع يسقط بعد مرور سنة , **و في هذا الصدد نتسآل عن الجزاء المترتب عن هذا الرفض , فهل يسقط حق الدائن في توقيع الحجز أم لا ؟**

لاشك في أن المواد 584 و 585 ق.إ.م.إ لم يقررا جزاء إلا سقوط الحق في المطالبة بالشيء المعروض , و بالتالي لم تقرر المادتان جزاء أخر , و في رأيينا أنه حتى و لم تقرر المادتان هذا الجزاء فإنه يمكن القول أن الدائن في هذه الحالة لا يمكنه توقيع الحجز التحفظي طالما أنه ليست هناك خشية بفقدان الضمان العام , و إذا فعل فحسب رأيينا سيكون هذا الحجز التحفظي حجزا تعسفيا يمكن أن يترتب عليه توقيع الجزاء المقرر في نص المادة 666 ق.إ.م.إ , أما إذا باشر الدائن إجراءات الحجز التنفيذي فيمكن للمدين الاعتراض عن هذا الحجز و ذلك بإيداع الشيء المعروض وتخصيصه , و يترتب على هذا الإجراء زوال الحجز عن الأموال المحجوزة و انتقاله إلى المبلغ المودع والمخصص , مع ما يترتب من حق المدين المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة الحجز التعسفي , طالما أن المدين قد عبر عن نيته بجدية للوفاء بمبلغ الدين , الشيء الذي لم يستجيب له الدائن و تعنت في إجراء الحجز التنفيذي و منه يكون متعسفا في إجرائه .

## الفرع الثالث
## الإيداع و التخصيص و قصر الحجز

من المبادئ المستقر عليها في القانون الجزائري و المصري و الفرنسي أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه , و يترتب على هذا المبدأ أن للدائن الحرية في التنفيذ على أي مال من أموال المدين , كما يترتب على ذلك عدم اشتراط التناسب بين المال محل التنفيذ و قيمة الحق المراد اقتضائه.

إن طلاقة قاعدة الضمان العام إذا لم توضع لها حدود تؤدي إلى الإضرار بالمدين , و إعمالا لسياسة التوفيق بين المصالح المتعارضة و أنسنة طرق التنفيذ , و مبدأ ملائمة الوسيلة الإجرائية للغاية المستهدفة كان لابد من إيجاد وسائل للحد من قاعدة الأثر الكلي للحجز , بحيث يعاد التوازن بين قيمة المال المحجوز عليه و الدين المحجوز من أجله , فلا يضار المدين و لا ضرر على الدائن (1).

و الفترة الواقعة بين توقيع الحجز و لحظة البيع الجبري بالمزاد العلني و رسو المزاد هي الفرصة الأخيرة للمدين ليحد من الأثر الكلي للحجز , ذلك أن هذا الأخير قد يتضرر من الأموال التي تم حجزها و هي أكثر من حاجة الدائن , لأن قيمتها أو عددها يتجاوز بكثير دين الدائن , لهذا أوجد القانون نظام قصر الحجز للحد من الأثر الكلي , و نظام الإيداع و التخصيص للحد من قاعدة عدم اشتراط التناسب بين الحق المحجوز من أجله و قيمة المال المحجوز (2).

**أولا : <u>الإيداع و التخصيص</u>** : المراد بالإيداع وضع مبلغ مالي تحت يد مؤهلة على وجه الضمان أما التخصيص فهو تحديد الطرف المستفيد من المبلغ المودع (3).

أو هو إيداع مبلغ من النقود خزانة المحكمة يخصص للوفاء بالديون المحجوز من أجلها شاملة المصاريف مما يؤدي إلى زوال الحجز عن الأموال المحجوزة أصلا و انتقاله إلى المبلغ المودع (4).

إذن فنظام الإيداع و التخصيص هو في جوهره تعديل لمحل الحجز , باستبدال مبلغ من النقود بالأموال التي باشر عليها الدائنون حقهم في التنفيذ و وقعوا عليها الحجز , فهذه الوسيلة و إن كان مقصودا بها أساسا رعاية مصلحة المحجوز عليه و تمكينه من مواجهة الآثار التي تترتب على استعمال سلطاته عليها , و هي لا تمس حقوق الدائن و لا تحمل إضرار له , بل يصبح الحاجز أكثر ثقة و تأكيد من استيفاء حقه , كما تجنبه مزاحمة الدائنين أصحاب الحقوق اللاحقة على الإيداع والتخصيص , حيث يختص وحده بالمبلغ المودع و المخصص لسداد دينه .

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 150 .
(2) - راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 619.
(3) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 133.
(4) - راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 151 .

و اعتبارا من المشرع بأن الغاية من الحجز هو تمكين الدائن من استعادة حقه جبرا من المدين وليس سلب المدين أمواله و تجريده منها , استحدث المشرع الجزائري هذا الإجراء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بموجب المادة 1/640 التي تنص على : ( يجوز للمحجوز عليه أو من يمثله في أية لحظة كانت عليها الإجراءات قبل مباشرة البيع أو أثناءه و قبل رسو المزاد , إيداع مبلغ من النقود يساوي الدين المحجوز من أجله و المصاريف) , و يقابل المادة 640 ق.إ.م.إ المادة 202 مرافعات مصري مع بعض الاختلافات البسيطة مثل عدم النص على الفوائد في النص الجزائري وكذلك اختلاف الجهة المودع لديها , فقد يكون في التشريع الجزائري إما في مكتب المحضر القضائي أو أمانة ضبط المحكمة أما في مصر فيكون في خزانة المحكمة .

و يتم الإيداع والتخصيص من طرف المدين المحجوز عليه أو من يمثله في أي لحظة تكون عليها الإجراءات , شريطة أن لا يتم رسو المزاد , كما يستوي أن يكون الإيداع وقع بسبب حجز تحفظي أو حجز تنفيذي على المدين أو ما للمدين لدى الغير , بل كما يجوز له حتى في حالة الحجز على العقار طالما أنه لم يرسو المزاد , و يتم الإيداع بطريقتين و هما :

أ- **الإيداع و التخصيص بغير حكم** : و في هذه الحالة يبادر المدين بعد توقيع الحجز إلى التخلص من آثار الحجز بأن يودع بمكتب المحضر القضائي , أو أمانة الضبط أو خزانة المحكمة في مصر , مبلغ معين من النقود يفي بالدين و المصاريف , و هنا يختلف الإيداع و التخصيص بعد الحجز عنه قبل الحجز في أن هذا الأخير يمكن أن يكون أشياء أو نقود , أما في الحالة الأولى فلا يكون الإيداع إلا مبلغ من النقود .

ب- **الإيداع و التخصيص عن طريق حكم** : قد أوضحنا أن الإيداع مع التخصيص قد يجري بغير طريق القضاء , و لكن ظروف الحجز قد تشير أحيانا إلى أن إيداع هذا المبلغ كاملا ينطوي على مبالغة في رعاية الحاجز , أو يكون المحجوز عليه غير متعاون مع المحجوز لديه للتخلص من آثار الحجز وهنا تظهر الحاجة إلى استصدار أمر من القضاء , لهذا رسم المشرع الطريقة الثانية من طرق الإيداع و التخصيص و هي التي تتخذ بحكم وقتي مستعجل حيث نصت المادة 641 ق.إ.م.إ : ( يجوز للمحجوز عليه أن يطلب بدعوى استعجالية في أية حالة كانت عليها الإجراءات تقدير مبلغ من النقود أو ما يقوم مقامها , و يودعه بأمانة ضبط المحكمة يبقى على ذمة الوفاء للحاجز ) وتقابلها المادة 303 مرافعات مصري حيث تنص : ( يجوز للمحجوز عليه أن يطلب بصفة مستعجلة من قاضي التنفيذ في أية حالة تكون عليها الإجراءات تقدير مبلغ يودعه خزانة المحكمة على ذمة الوفاء للحاجز) [(1)].

---

(1) – راجع د / عبد الحميد المنشاوي ، المرجع السابق ، ص 547 .

و في الأخير يترتب على الإيداع و التخصيص سواء كان عن طريق حكم أو بغير حكم النتائج التالية :

– **الأثر الأول** : زوال الحجز عن الأموال المحجوزة , بحيث يسترد المحجوز عليه كافة سلطاته كمالك .

– **الأثر الثاني** : انتقال الحجز إلى المبلغ المودع , و هذا الانتقال يكون بالحالة التي كان عليها الحجز فإذا حجزا تحفظيا ظل هكذا دون أن يتحول إلى حجز تنفيذي , لأن الإيداع معناه وفاءا للحاجز بدينه عن طريق المحكمة [1].

– **الأثر الثالث** : تخصيص المبلغ المودع للوفاء بدين الحاجز و هذا ما نصت عليه صراحة المادة 640 و 641 ق.إ.م.إ , و تقابلها المواد 302–303 مرافعات مصري .

**ثانيا** : **نظام قصر الحجز** : إن الحجز يعني وضع المال المحجوز عليه تحت يد القضاء , و يترتب آثارا عملية خطيرة بالنسبة للمدين المالك , فهو يقيد سلطاته الثلاث ( الاستعمال و الاستغلال و التصرف ) بشكل كبير مما يضر به ضررا مباشرا , و يزداد هذا الضرر كلما اتسعت شقة الفرق بين قيمة الدين المحجوز من أجله و قيمة الأموال المحجوز عليها , لهذا أوجد المشرع كما أشرنا وسائل للحد من الأثر الكلي للحجز من خلال الإيداع و التخصيص , إلا أن هذه الوسيلة قد لا يمكن تنفيذها حينما يعدم المدين هذه المبالغ أو لا يتوافر لديه منها القدر الكافي لعملية الإيداع فيمنحه المشرع فرصة أخرى و هي نظام قصر الحجز[2].

و يعد قصر الحجز من الوسائل التي تمكن المدين من الحد من قاعدة الضمان العام , التي تجيز للدائن أن يحجز على أموال مدينه بصرف النظر عن التناسب بين الأموال المحجوزة و الدين المحجوز من أجله , و تتجه التشريعات الحديثة و منها التشريع الجزائري و المصري و الفرنسي إلى الأخذ بهذا النظام حيث نصت المادة 642 ق.إ.م.إ : ( يجوز للدائن الحجز على جميع أموال المدين حفاظا على الضمان العام لديونه .

و غير أنه إذا كانت قيمة الدين المحجوز من أجله لا تتناسب مع قيمة الأموال المحجوزة , جاز للمدين أن يطلب بدعوى استعجاليه , الحكم له بقصر الحجز على بعض هذه الأموال التي تغطي مبلغ الدين ومصاريفه .

---

(1) – راجع د / عبد الحميد المنشاوي ، المرجع السابق ، ص 547 .

(2) – راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 285– 286.

– و راجع أيضا د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 390.

و الدائن الذي تقرر قصر الحجز لصالحه , له الأولوية على غيره من الدائنين عند استيفاء حقه من الأموال التي يقصر الحجز عليها ) , و تقابلها المادة 304 مرافعات مصري : ( إذا كانت قيمة الحق المحجوز من أجله لا تتناسب مع قيمة الأموال المحجوز عليها , جاز للمدين أن يطلب من قاضي التنفيذ الحكم بصفته المستعجلة بقصر الحجز على بعض هذه الأموال , و يكون ذلك بدعوى لا ترفع وفقا للإجراءات المعتادة و يختصم فيها الدائنون الحاجزون ) .

و ترفع الدعوى بنفس الشكليات و الإجراءات لرفع دعوى طلب الإيداع و التخصيص , أي أمام القضاء المستعجل , و يختصم فيها الدائنون الحاجزون و للمدين وحده صفة في رفع الدعوى , و هي ترمي إلى رفع الحجز عن بعض أمواله , و لا يكون للحاجز أن يرفعها للحصول على أولوية على غيره من الدائنين , و منه ينظر فيها قاضي الأمور المستعجلة و يحكم فيها بناءا على الظاهر أمامه من مقدار الحقوق المحجوز من أجلها و قيمة الأموال المحجوزة , و يقدر كافة حقوق الحاجزين أصحاب الحقوق المقيدة الذين اعتبروا طرفا في الإجراءات , بل أنه يأخذ في اعتباره تدخل دائنين آخرين من أصحاب الحقوق الممتازة , الذين لهم حق التقدم على المال , فإذا رأى بعد هذه التقديرات عدم التناسب و هو ما يعني تفاوت كبير بينهما , و ليس مجرد فارق بسيط , فإنه يحكم بقصر الحجز على بعض الأموال و يعين في حكمه الأموال التي يقتصر عليها الحجز [(1)].

**و يترتب على الحكم بقصر الحجز على بعض الأموال الآثار التالية :**

**1** – زوال الحجز عن الأموال التي لم يقصر الحجز عليها .

**2** – أولوية الدائنين قبل قصر الحجز في استيفاء حقوقهم من الأموال التي يقصر عليها الحجز ويترتب على هذا أنه إذا وقع حجز جديد على المال المحجوز بعد قصر الحجز عليه , فإنه يكون صحيحا ولكن لا يقتضي الحاجز الجديد حقه من الثمن إلا بعد أن يقتضي الحاجز قبل قصر الحجز حقه كاملا .

أما إذا كان الحاجز الجديد دائنا ممتازا وفقا للقانون الموضوعي , أي دائنا مرتهنا أو صاحب حق امتياز فقد ثار الخلاف **حول من يتمتع بالأولوية في استيفاء حقه ؟**

فذهب رأي إلى أن هذا الحاجز يحتفظ بمرتبته وفقا للقانون الموضوعي , فيستوفي حقه قبل الدائن العادي الذي حجز قبل قصر الحجز , و ذلك لأن قصر الحجز لا يعطل امتياز الدين وفقا للقانون الموضوعي , و الحكم الصادر بقصر الحجز هو حكم وقتي لا يمس بأصل الحق , و بالتالي فلا تتأثر الأولوية الموضوعية الثابتة للحق الموضوعي للدائن , و إذا أدى هذا إلى عدم حصول الدائن العادي على حقه كاملا من حصيلة التنفيذ , فإنه يوقع حجز جديد لاستيفاء باقي حقه , و تكون مصاريفه على نفقة

(1)– راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 391 .

المدين , لأنه تسبب فيها بامتناعه عن الوفاء , ثم بطلبه قصر الحجز [1].

بينما ذهب رأي أخر إلى أن قصر الحجز يفرض استيفاء الدائنين الذين حجز أو الذين اعتبروا طرفا في الإجراءات قبل قصر الحجز حقوقهم من حصيلة التنفيذ قبل الدائنين الذين حجزوا على المال بعد قصر الحجز عليه , و لو كان لهؤلاء أولوية موضوعية , إذ أن هذه الأولوية مشروطة وفقا لقانون المرافعات بتوقيع الحجز قبل قصر الحجز [2].

و عليه نحن نؤيد الرأي الأول طالما أن الدائنون أصحاب التأمينات العينية أو أصحاب الحقوق الممتازة لهم حق الأولوية في استيفاء حقوقهم , و حتى في حالة عدم قيامهم بإجراءات الحجز على أموال مدينهم فإذا قام بهذا الإجراء دائن عادي فإنهم يتدخلون في الحجز و يستوفون حقوقهم أولا , منه و قياسا على هذا نقول أن قصر الحجز لا يؤدي إلى إسقاط هذا الحق .

## المبحث الثاني

## إجراءات توقيع الحجز التنفيذي

لا شك في أن إجراء التنفيذ الجبري لا يمكن تصور إجرائه ما لم يكن له محل , و نقصد بمحل التنفيذ , المال أو الحق الذي يرد عليه التنفيذ بموجب السند التنفيذي , و يجب أن تتوافر شروط معينة في الحق الوارد في السند الذي تتخذ إجراءات التنفيذ الجبري اقتضاء له , و يذهب غالبية الفقهاء إلى أنه يجب أن يكون الحق محقق الوجود و معين المقدار و حال الأداء , و تهدف الحكمة من هذه الشروط إلى تحقيق التوازن بين مصلحة المنفذ ضده , لأن التنفيذ الجبري يتم جبرا على المدين بواسطة السلطة العامة و هذا التنفيذ قد يؤدي إلى بيع أموال المدين إذا تم عن طريق الحجز , و لذلك يجب أن يكون حق المنفذ قبل المنفذ عليه حقا مؤكدا غير متنازع عليه , و معين المقدار و حال الأداء أي مستحق في الحال و يترتب على ذلك أن تخلف شرط من هذه الشروط يؤدي إلى عدم جواز التنفيذ الجبري على المدين اقتضاء لهذا الحق حتى و لو كان ثابتا في حكم أو سند رسمي أو غير ذلك من السندات التنفيذية [3].

---

(1) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 223 .

– و راجع أيضا د / أمينة النمر ، المرجع السابق ، ص 234 .

(2) – راجع د / فتحي والي ، نفس المرجع ، ص 392 .

(3) – راجع د / عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص 76 .

- **الشرط الأول : يجب أن يكون الحق في السند التنفيذي محقق الوجود** : نقصد بهذا الشرط أن الحق يجب أن يكون وجوده مؤكد و غير متنازع فيه , فإذا كان الحق معلقا على شرط واقف لم يتحقق بعد أو كان حقا مؤقتا غير نهائي , أو كان حقا احتماليا فلا يكون في هذه الحالات محقق الوجود والمفروض أن التنفيذ لا يتم إلا بموجب سند تنفيذي سواء كان هذا السند حكما أو عقدا رسميا أو غيرها من السندات فهي الدليل الحاضر على وجود الحق , و من ثم فلا يكلف الدائن بعد ذلك أن يثبت حقه المدون في هذا السند محقق الوجود , و هو قرينة قاطعة على ذلك [1].

و يجب كذلك أن يخلو هذا الحق من المنازعة , و ليس معنى هذا أن المنازعة في الحق تكون بصفة مطلقة , و إنما يقصد بذلك أن لا يكون الحق متنازعا في وجوده نزاعا جديا لأن الحق إذا كان موضوع منازعة جدية فلا يكون محقق الوجود [2].

و يذهب جانب من الفقه إلى أن التنفيذ بناءا على السندات التنفيذية يعد خاتمة المطاف بالنسبة لأي منازعة و بناءا على ذلك فإن البحث فيما إذا كان الدين محقق الوجود أو غير محقق الوجود لا يثور عند التنفيذ [3].

- **الشرط الثاني : أن يكون الحق في السند التنفيذي معين المقدار** : حق ينبغي أن يكون محل الحق الوارد في السند التنفيذي معين المقدار , و سبب هذا الشرط يرجع إلى أنه لما كان الغرض من التنفيذ الجبري هو حصول الدائن على حقه , فإن هذا الحق المطلوب تنفيذه يجب أن يكون معلوما للمنفذ ضده حتى تتاح له فرصة الوفاء الاختياري و يتفادى التنفيذ الجبري , و كذلك فإن التنفيذ بطريق الحجز يقتضي بيع أموال المدين بقدر ما يكفي لتنفيذ التزامه ويجب على المحضر القضائي أن يوقف العملية إذا وصل ناتج البيع الحد الكافي لأداء حق الدائن والمصاريف القضائية [4].

- **الشرط الثالث أن يكون الحق في السند التنفيذي حال الأداء** : يكون الحق حال الأداء , أي مستحق الأداء و واجب الوفاء , و ذلك بأن يكون غير مقترن بأجل , و إذا كان عكس ذلك فلا يكون نافذا إلا إذا حل الأجل , لأن المدين قبل ذلك و لا يعتبر مسئولا عن الدين ما دام الأجل قائما أو ممتدا

---

(1) - راجع د / محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 40 .
- و راجع أيضا د / عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص 76 .
(2) - راجع د / أمينة النمر ، المرجع السابق ، ص 52.
(3) - راجع د / عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص 296 .
(4) - راجع د / العربي الشحط عبد القادر – نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 61 .
- و راجع د / عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص 77 .
- و للمزيد راجع أيضا د / محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 40 .

و سبب هذا الشرط هو أمر طبيعي لأن مطالبة المدين بالوفاء لا يكون إلا عندما يكون حق الدائن مستحق الأداء , و عليه لا يجوز التنفيذ الجبري استنادا لحكم يمنح المدين أجلا للوفاء بالدين , أو أن تمنحه الحق في سداد الدين على أقساط (1).

غير أنه يمكن توقيع الحجز إذا كان الأجل لمصلحة الدائن بحيث يتنازل هذا الأخير عن الأجل بإرادته المنفردة , أو يسقط الأجل بسبب من الأسباب الواردة في القانون.

و نشير أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على توافر هذه الشروط الثلاث في الحق المراد اقتضائه تنفيذيا , إلا أننا نجده قد أشار بعض من هذه الشروط بصدد تنظيميه لأحكام الحجز التحفظي في نص المادة 647 ق.إ.م.إ , و عليه يمكننا القول أنه من باب أولى أن تتوافر هذه الشروط في محل الحجز التنفيذي , أما المشرع المصري فقد نص على هذه الشروط صراحة في نص المادة 280 مرافعات مصري , بينما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 02 من القانون الصادر في 09 جويلية 1991 على شرطين و هما أن يكون الحق المراد اقتضائه حال الأداء , و أن يكون مبلغ من النقود وينتقد بعض الشراح الفرنسيون عدم نص المشرع الفرنسي على شرط تحقق الوجود , إلا أن البعض يرى بأن الحق إذا كان حال الأداء فهو محقق الوجود (2).

و بالإضافة إلى هذه الشروط هناك شروط أخرى يجب أن تتوافر في الحق محل الحجز , بحيث يشترط في محل التنفيذ أن يكون مالا , و أن يكون مملوكا للمدين أو في حيازة الغير , و أخيرا أن يكون المال مما يجوز الحجز عليه.

فإذا كان الأصل في القانون المدني أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه , فإن الأمر يختلف في القانون الإجرائي بالنسبة لمحل الحجز , فكما رأينا أن يكون هذا الأخير مملوكا للمدين جائزا التصرف فيه , إلا أنه ليست كل أموال المدين قابلة للحجز , فهناك أموال حظر القانون الحجز عليها بحيث إذا وقع عليها كان الحجز باطلا , و سبب المنع يعود لاعتبارات مختلفة منها ما يرجع إلى طبيعة المال و منها ما يرجع إلى إرادة الأطراف , أو تحقيق المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة .

إن تعداد الأموال التي يجوز الحجز عليها جاء استثناءا من قاعدة أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه , مما يستوجب معه اعتبارها و اردة على سبيل الحصر سواء في قانون الإجراءات المدنية

---

(1) – راجع د / عباس العبودي ، نفس المرجع ، ص 78 .,

– و راجع أيضا د / العربي الشحط عبد القادر – نبيل صقر ، نفس المرجع ، ص 63 .

(2) - Rogger Perrot – Philippe Thery , op-cit , p 301 , Gerard Couchez ,op-cit , 44-45.

- et voir Anne Marie – H.Assi-Esso Ndiaw Diouf , op-cit . p 52 .

- et voir George De Laval, les saisies et le surendettement dans l’union européenne, édition kluwer international , 1997 , p 152.

و الإدارية الجزائري أو في القوانين الأخرى , و بالتالي لا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها كما أنه تفسر تفسيرا ضيقا لا يتجاوز الحدود الواردة فيها (1).

و الأموال التي تندرج تحت حالة من حالات منع الحجز لا يجوز التنفيذ عليها بأي صورة من الصور حتى و لو كان الحجز تحفظيا , كما لا يجوز اتخاذ تدابير وقتية بشأن هذه الأموال كتعيين حارس قضائي , لأن من شأن ذلك حرمان المدين من ماله (2).

و لقد تضمن المادة 636 ق.إ.م.إ حصر الأموال التي لا يجوز الحجز عليها و هي :

– الأموال العامة المملوكة للدولة , أو الجماعات الإقليمية , أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.
– الأموال الموقوفة وقفا عاما أو خاصا , ما عدا الثمار و الإيرادات.
– أموال السفارات الأجنبية .
– النفقات المحكوم بها قضائيا إذا كانت قيمتها لا تتجاوز ثلثي (3/2) الأجر الوطني الأدنى المضمون.
– الأموال التي يملكها المدين و لا يجوز له التصرف فيها.
– الأثاث و أدوات التدفئة و الفراش الضروري المستعمل يوميا للمحجوز عليه و لأولاده الذين يعيشون معه , و الملابس التي يرتدونها .
– الكتب اللازمة لمتابعة الدراسة أو لمهنة المحجوز عليه في حدود مبلغ يساوي قيمتها مائة ألف دينار ( 100.000 دج ) و الخيار له في ذلك .
– المواد الغذائية اللازمة لمعيشة المحجوز عليه و لعائلته لمدة شهر واحد.
– الأدوات المنزلية الضرورية , ثلاجة , مطبخة أو فرن الطبخ , ثلاث قارورات غاز , و الأواني العادية الخاصة بالطهي و الأكل للمحجوز عليه و لأولاده القصر الذين يعيشون معه .
– الأدوات الضرورية للمعاقين .
– لوازم القصر و ناقصي الأهلية.
– و من الحيوانات الأليفة , بقرة أو ناقة أو ست نعاج أو عشر عنزات , حسب اختيار المحجوز عليه و ما يلزم من التبن و العلف و الحبوب لغذائها لمدة شهر واحد و فراش الإسطبل .

**و أما المشرع المصري** لم يتوسع في ذكر الحالات التي لا يجوز الحجز عليها , فقد تضمنت المواد 306 إلى المادة 309 مرافعات مصري حصر هذه الأموال فيما يلي :
– ما يلزم المدين من كتب و أدوات و مهمات لمزاولة مهنته أو حرفته بنفسه.

---

(1) – راجع د / أحمد ماهر زغلول ، المرجع السابق ، ص 515.

(2) – راجع د / محمد الصاوي مصطفى ، المرجع السابق ، ص 376 .

- أثاث الماشية اللازمة لانتفاع المدين في معيشته هو و أسرته و ما يلزم لغذاء هذه الماشية لمدة شهر.
- المبالغ المحكوم بها قضائيا كمبالغ النفقة و كذلك الأموال الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة .
- الأموال الموهوبة أو الموصى بها مع اشتراط عدم الحجز عليها .
- الأجور و المرتبات إلا بقدر الربع (1).

**أما المشرع الفرنسي** فقد نص كذلك على مجموعة من الأموال التي لا يجوز الحجز عليها بموجب المادة 14 من القانون الصادر بتاريخ 09 جويلية 1991 و تتمثل هذه الأموال فيما يلي :

- الملابس.
- الأفرشة .
- الأواني.
- الأشياء و المواد الضرورية لتنظيف الجسم و مواد التنظيف .
- المواد الغذائية.
- الأواني اللازمة للحفاظ و إعداد و استهلاك المواد الغذائية .
- الأجهزة الضرورية للتدفئة .
- طاولة و كراسي للأكل .
- خزانة لحفظ الأفرشة و الملابس , و خزانة لحفظ الأواني .
- ألة لغسيل الملابس .
- الكتب و الوسائل الضرورية لمواصلة الدراسة أو التكوين المهني .
- الأشياء الخاصة بالأطفال .
- الذكريات الشخصية و العائلية .
- الحيوانات الأليفة أو للحراسة.
- الحيوانات المخصصة
- وسائل العمل الضرورية للحرفة الشخصية أو المهنة (2).

و عليه نرى أن التشريعات الثلاث تختلف في تحديد الأموال التي لا يجوز الحجز عليها , و هذا التفاوت بين التشريعات الثلاث , ( 13 حالة في التشريع الجزائري , 16 حالة في التشريع الفرنسي 05 حالات في التشريع المصري ) ليس مرده التوسع أو الضيق في حماية المدين من الناحية الإنسانية و إنما يرجع إلى طبيعة المجتمع من حيث تركيبته الإجتماعية و الثقافية ,ومن حيث العادات و التقاليد.

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 182 و ما يليها .
– و راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 134 و ما يليها .
(2)- Emmanuel Blanc , les nouvelles procédures d’exécution ,édition Montchrestien 1993 , p 155-156 .

كما نشير أن هناك حالات أخرى وردت في نصوص قانونية في التشريع الجزائري فعلى سبيل المثال ما نصت عليه المادة 689 من القانون المدني الجزائري , أو المادة 24 من الأمر رقم 03–06 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالعلامات , حيث نصت على : ( لا يمكن أن تكون العلامة محل انتقال أو تنازل أو رهن , و لا يمكن أن تكون تحت طائلة أي حكم تنفيذ جبري ) , أما في التشريع فعلى سبيل المثال يحضر القانون رقم 513 في مصر الحجز على الخمسة أفدنة الأخيرة للمزارع وملحقاتها , و هذا القانون القديم كان يعتبر من أهم صور التطبيق الاشتراكي في مصر في المجال الزراعي , و لا يزال قائما رغم أن الاشتراكية في مصر باتت تاريخا يروى و لم يعد واقعا معاشا [1].

## المطلب الأول
## إجراءات توقيع الحجز التنفيذي

لا شك في أن إجراء الحجز عملية ليست دائما بالسهلة , إذ يصطدم المحضر القضائي بجملة من الصعوبات , فالفرض المدرسي الذي يقتضي أن ينتقل المحضر القضائي إلى موطن المدين أو مكان تواجد المنقولات , و من ثم القيام بالحجز عليها لا يتحقق في كل الحالات , ففي غالب الحالات ما يتعنت المدين و لا يكون متعاون إلى أخر لحظة , و من العقبات التي يصطدم بها المحضر القضائي هو عدم معرفة مكان تواجد أموال المدين , مما يضطر معها إلى البحث عن أموال المدين , و هذا يشكل عقبة لعملية تنفيذ السندات التنفيذية , و من أجل تصحيح هذا الوضع استحدث المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حكم يسمكن المحضر القضائي من القيام بعملية البحث عن أموال المدين , حيث نصت المادة 628 من القانون السالف الذكر على ما يلي : ( يسمح للمحضر القضائي في إطار مهمته بالدخول إلى الإدارات و المؤسسات العمومية أو الخاصة , للبحث عن حقوق مالية عينية للمنفذ عليه أو أموال قابلة للتنفيذ , و على هذه المؤسسات تقديم يد المساعدة لإنجاز الغرض المطلوب منها .

و في هذه الحالة يحرر محضر جرد لهذه الحقوق و/أو الأموال , ثم مباشرة التنفيذ عليها ).

---

(1) – راجع الأمر رقم 03–06 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالعلامات صادر في الجريمة الرسمية عدد 44 لسنة 2003.
– للتفصيل أكثر راجع د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 312 .
– و راجع د / عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص 106 .
– وللمزيد راجع أيضا د / أحمد هنيدي ، المرجع السابق ، ص 189 .

لا شك في أن استحداث هذه الصلاحية الجديدة للمحضر القضائي ستساهم في إعطاء فعالية أكثر للتنفيذ , بحيث ستساعد المحضر القضائي على الإطلاع على الذمة المالية للمنفذ ضده قبل مباشرة إجراءات التنفيذ ضده , مما يسمح له بالتنفيذ على أموال المدين في وقت قياسي قبل التصرف في أمواله و من ثم تحقيق النتيجة التي يصبو إليها الدائن , و التقليص من ظاهرة الأحكام القضائية التي تبقى دون تنفيذ بسبب عدم ملائمة الذمة المالية للمنفذ عليه [1].

و عليه أصبح للمحضر القضائي السند القانوني للقيام بعملية البحث عن أموال المدين , لدى المؤسسات العمومية و الخاصة , و على هذا الأخيرة التعامل بجدية مع طلبات المحضر القضائي دون أن تتذرع بالسر المهني , **و لكن التساؤل الذي يطرح هو ففي حالة عدم استجابة هذه المؤسسات لطلب المحضر القضائي , فما هو الجزاء المترتب على ذلك ؟**

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على أي جزاء في حالة عدم استجابة الإدارات و المؤسسات العمومية و الخاصة لطلب المحضر القضائي , و حسب رأينا أنه كان من الأحسن أن يتحسب المشرع الجزائري لهذه الحالة , و يقرر جزاءات مالية , أو يقرر تدخل هيئة ذات سلطة مثل النيابة العامة يمكنها أن تتدخل لمد يد المساعدة للمحضر القضائي لتأدية مهمته .

**و أما المشرع الفرنسي** فقد تضمن أحكام تخول للمحضر القضائي القيام بعملية البحث عن أموال المدين , و بالاستعانة بالنيابة العامة لتقوم بدورها عن طريق الشرطة أو رجال الدرك للقيام بعملية البحث عن أموال المدين , و قد نصت المادة 39 من القانون الصادر بتاريخ 09 جويلية 1991 الإجراءات الخاصة بالبحث عن أموال المدين , حيث يقوم المحضر القضائي في أول الأمر القيام بهذه المهمة و في حالة عدم تمكنه من الحصول على معلومات عن الأمكنة التي توجد فيها أموال المدين يمكن للمحضر القضائي أن يقدم طلب عادي إلى وكيل الجمهورية , و يجب أن يرفق بالطلب شهادة تثبت جدية البحث و عدم جدوى البحث , بالإضافة إلى نسخة من السند التنفيذي , و في حالة انقضاء مهلة (3 ) أشهر دون أن يتحصل المحضر القضائي على رد من النيابة العامة , فهذا دليل على عدم جدوى البحث الذي قامت به النيابة العامة , كما أنه يمكن لوكيل الجمهورية و بناء على الوثائق المرفقة بالطلب أن لا يأمر بإجراء التحقيق , و بالمقابل أن يطلب من المحضر القضائي القيام ببحث إضافي و في الأخير يمكن للمحضر القضائي بعد القيام مرة ثانية بالبحث أن يقدم طلب آخر لوكيل الجمهورية للقيام بعملية البحث عن أموال المدين [2].

---

(1) – راجع أ / بن هدنة عبد النور ، المرجع السابق ، ص 17.

(2) - voir Emmanuel blanc , op-cit , p 167 .

و عليه و بالمقارنة مع التشريع الجزائري , نجد أن المشرع الفرنسي مكن المحضر القضائي من وسيلة تساعده في عملية البحث , و هي الطلب من وكيل الجمهورية البحث عن أموال المدين , إلا أننا نرى أنها ليست بالفعالة في كل الحالات طالما أن لوكيل الجمهورية سلطة تقدير الطلب و من ثمة يمكنه عدم الاستجابة إلى الطلب , بالإضافة إلى أن هذا الإجراء قد يكون عقبة أخرى و سبب في تعطيل التنفيذ , على اعتبار أن المحضر القضائي يحيل أمر البحث إلى وكيل الجمهورية معتقدا منه أن هذا الأخير أقدر على الوصول إلى نتيجة ما , لكنه في أخر المطاف يتفاجئ بعدم الرد على طلبه بعد ثلاث أشهر , و في الأخير و بالنسبة للتشريع المصري , لم نجد أحكام تخول القائم بالتنفيذ القيام بعملية البحث عن أموال المدين , و لو أن هذا الأمر مفترض , أي بمعنى أن المحضر القضائي يتولى القيام بهذه المهمة بمساعدة الدائن , و لكنه في حالة عدم تمكنه الحصول على معلومات فلا يمكنه الاستعانة بالقضاء أو أن له سند قانوني ليقوم بالبحث لدى الإدارات و المؤسسة العمومية و الخاصة وهذا على خلاف التشريع الجزائري و التشريع الفرنسي .

## الفرع الأول

## الحجز التنفيذي على منقولات المدين

لقد رأينا أن القانون يتطلب اتخاذ مقدمات التنفيذ و هي إعلان السند التنفيذي إلى المدين و تكليفه بالوفاء بدينه و انقضاء المهلة القانونية المقررة في المادة 612 ق.إ.م.إ ( تقابلها المادة 281 مرافعات مصري) , كما أن القانون لا يوجب اتخاذ إجراءات الحجز في ميعاد معين بعد انقضاء هذه المهلة فالدائن يظل على حقه إلى أن يسقط بالتقادم , و كما أنه لا يتم الحجز إلا بموجب أمر يصدره القاضي المختص إذ تنص المادة 687 ق.إ.م.إ : ( إذا لم يقم المدين بالوفاء بعد انقضاء أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ تكليفه بالوفاء وفقا للمادة 612 أعلاه , يجوز للمستفيد من السند التنفيذي الحجز على جميع المنقولات و/الأسهم و/ أو حصص الأرباح في الشركات و/أو السندات المالية للمدين .

و يتم الحجز بأمر على عريضة يصدره رئيس المحكمة التي توجد في دائرة اختصاصها الأموال المراد الحجز عليها , و عند الاقتضاء في موطن المدين , و ذلك بناء على طلب الدائن أو ممثله القانوني أو الإتفاقي , يمكن الاستعانة بالقوة العمومية لتنفيذ أمر الحجز عند الاقتضاء ) [1] .

(1) – راجع د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 409 .

– و راجع أيضا د / أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 247 .

و عليه فعلى غرار الحجز التحفظي الذي لا يكون إلا بأمر يصدره القاضي , فإن الحجز التنفيذي على أموال المدين , و نحن نرى في اعتقادنا أن هذا الإجراء هو إجراء إضافي ليست له فائدة كبيرة بل بالعكس , فإنه يشكل عبئ أخر على الدائن في سعيه للحصول على استيفاء دينه , فطالما أن بيد هذا الأخير سند تنفيذي و قد قام بإعلانه إلى المدين و تكليفه بالوفاء , فإن هذا كافي لتبرير توقيع الحجز دون استصدار أمر من القاضي لأنه بالنتيجة فإن أمر القاضي هو تحصيل حاصل , ومنه فإن التشريع الفرنسي لا يشترط استصدار أمر من القضاء لتوقيع الحجز التنفيذي , بل يتم بغير تدخل القضاء , لهذا سمي بالحجز التنفيذي , و كذلك نفس الشيء بالنسبة للتشريع المصري (1).

و يحصل الحجز بأن ينتقل المحضر القضائي إلى المكان الذي توجد فيه الأشياء المراد التنفيذ عليها فيقوم بجردها و وصفها و ذكرها في محضر يسمى محضر الحجز و الجرد , و يتم الحجز في غياب الدائن الحاجز و ذلك منعا لما قد يترتب على وجوده من استفزاز المدين , و قد جعل المشرع الفرنسي و المشرع المصري حضور الدائن الحاجز وقت توقيع الحجز سببا في بطلانه , أما التشريع الجزائري لم يتضمن نص في هذا الأمر , و عليه فمن باب أخلاقي و احترام الشعور والموقف الذي يكون فيه المدين فإن من الأحسن عدم اصطحاب المحضر القضائي للدائن , إلا في حالة مساعدة هذا الأخير للمحضر القضائي كأن يدله على مكان تواجد أموال المدين أو غيرها , و منه إذا لم تكن هناك ضرورة لحضور الدائن يمكن للمحضر القضائي أن يطلب منه مغادرة المكان حتى يتمكن هذا الأخير من توقيع حجزه في جو من الهدوء (2).

و المحضر القضائي في انتقاله إلى مكان تواجد المنقولات أو موطن المدين لإجراء الحجز , له أن يفتح أبواب المنازل و الحجرات و الأثاث , إذ تنص المادة : ( في حالة غياب المنفذ عليه , عند مباشرة إجراءات التنفيذ , يجوز الترخيص للمحضر القضائي بناء على طلبه , و بأمر على عريضة يصدره رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ , بعد إبلاغ ممثل النيابة العامة بفتح أو كسر أبواب المحلات أو المنازل المغلقة و فض أقفال الغرف في حدود ما تستلزمه مقتضيات التنفيذ وذلك بحضور أحد أعوان الضبطية القضائية , و في حالة تعذر ذلك يتم الفتح بحضور شاهدين.

و يتعين تحرير محضر فتح و جرد للأشياء الموجودة بالمحل المفتوح و توقيعه من المحضر القضائي و عون الضبطية القضائية أو الشاهدين , و إلا كان قابلا للإبطال تحت المسؤولية المدنية للمحضر القضائي ) .

---

(1) - راجع القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 100 .

(2) – و لا يلزم بطبيعة الحال أن يثبت المحضر القضائي حصول الحجز في غياب الطالب ، لأن هذا الأمر مفترض و إنما لا يدع مجالا لأي شك و يبعد أي حرج و لا تمنع القوانين المقارنة مثل القانون الإيطالي.

و هذا يعني أنه لا يجوز له كسر الأبواب أو فض الأقفال بالقوة , أو تذليل المقاومة في غير حضور أعوان الضبطية أو شاهدين في حالة تعذر ذلك , و هذا لخطورة هذا الأمر الذي يتم عادة في غياب أصحاب المحل أو المنزل المطلوب إجراء الحجز فيه , أو لتعنتهم , مما يستلزم أن يكون مع المحضر القضائي أشخاص مسئولون يؤيدون و يشهدون بسلامة تصرفه , و يجب أن يوقع هؤلاء على محضر فتح و جرد تحت قابلية الحجز للبطلان , وتحت قيام المسؤولية المدنية للمحضر القضائي (1).

و باعتبار أن المحضر القضائي هو ضابط عمومي , و منه فإن التعدي عليه يعتبر بمثابة التعدي على السلطة التابع لها , و هي السلطة القضائية و منه فقد نص المشرع الجزائري على إجراءات في حالة و قوع ذلك , حيث نصت المادة 610 ق.إ.م.إ : ( إذا تعرض الضابط العمومي المكلف بالتنفيذ إلى إهانة أثناء أداء وظيفته , وجب تحرير محضر يبين فيه مناسبة أداء مهمته , و التاريخ و الساعة و مكان المهمة و نوع الإهانة و الألفاظ الصادرة ضده , و أسماء و ألقاب الأطراف و الشهود الحاضرين أثناء الواقعة.

و تتبع في هذا الشأن الأحكام المقررة في قانون العقوبات ).

و كما لا يجوز للمحضر أن يفتش المدين أو من في رعايته أو خدمته ليستخرج ما فيها من جيوبهم من نقود أو مجوهرات أو أشياء ثمينة يحملونها , إلا أنه يجوز له حجز ما يتحلى به المدين من مجوهرات يحملها بشكل ظاهر , و أنه يجب على المحضر القضائي قبل مباشرة الحجز في موطن المدين فإذا كان حاضر وقت توقيعه إعادة تكليفه بالوفاء بالدفع **impératif commandement** ويقصد بهذا منح المدين أو ذويه فرصة لتفادي إجراءات الحجز لعله يؤدي ما عليه أو يكون قد أعده أو أناب من يسدد عنه , و لا يترتب أي بطلان إذا لم يقم المحضر بإعادة التنبيه , لأنه ليس إجراء جوهري , وإنما يكون للمدين المحجوز عليه أن يعترض على بيع المحجوزات , و يطلب التعويض عن الحجز إذا أثبت أن الأشخاص الذين كانوا حاضرين في موطنه و نائبين عنه في غيابه كان معهم وقت الحجز ما يكفي من النقود لأداء المطلوب , و أنهم كانوا على استعداد لأدائه لو أنهم كلفوا به قبل توقيع الحجز (2) .

---

(1) – و نرى أنه ليست فقط المسؤولية المدنية للمحضر القضائي , بل يمكن قيام المسؤولية الجزائية للمحضر القضائي إذا تجاوز القدر اللازم للقيام بالتنفيذ ، حتى و إن لم ينص المشرع الجزائري على هذا بموجب المادة 627 ق.إ.م.إ.ج ، إلا أنه يمكن إثارة ذلك بموجب نصوص قانونية أخرى.

(2) – راجع د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 412 –413 .

– و راجع أيضا د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 266 .

و إذا لم يكن بمكان الحجز ما يمكن أو يصح حجزه , فيثبت المحضر القضائي ذلك في محضر يسمى محضر عدم وجود procès verbale de carence , إذ تنص المادة 622 ق.إم.إ : ( لا يباشر التنفيذ إذا لم يكن من المنتظر أن يتحصل من بيع الأشياء المحجوزة ما يزيد عن مقدار مصاريف هذا التنفيذ , و في هذه الحالة يحرر محضر عدم وجود ) , و يثبت محضر عدم وجود عدم الحجز على شيء ما , إلا أنه يعد عملا من أعمال التنفيذ , أما إذا حجز أشياء ما فيجب أن يتضمن محضر الحجز وصفا لها و بيان مفردات الأشياء بالتفصيل مع ذكر نوعها و أوصافها و مقدارها وزنا أو كيلا أو مقاسا إن كانت مما يوزن أو يكال أو يقاس مع بيان قيمتها بالتقريب , و إذا كان الحجز على ثمار متصلة أو مزروعات قائمة وجب أن يبين في المحضر موقع البستان والأرض واسمها , و رقم المسح إن وجد ومساحتها , ونوع المزروعات أو نوع الثمار والمزروعات , أو نوع الأشجار و عددها و ما ينتظر أن يحصد أو يجنى أو ما ينتج منها أو قيمته على وجه التقريب [1].

و عليه يحرر المحضر القضائي محضر يسمى "محضر حجز و جرد " يجب أن يتضمن البيانات الواردة في نص المادة 691 – 692 ق.إ.م.إ – تقابلها المادة 354 مرافعات مصري – و بالنظر لأهمية هذه البيانات فإن خلو المحضر من إحداها يمنح كل ذي مصلحة تقديم طلب إبطاله خلال أجل 15 يوما من تاريخ تحريره و يمكن حصر هذه البيانات في ما يلي[2] :

**1 –** بيان السند التنفيذي و الأمر الذي يتم بموجبه الحجز .

**2 –** مبلغ الدين المحجوز من أجله الدين.

**3 –** اختيار موطن للدائن الحاجز في دائرة اختصاص المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مكان التنفيذ [3].

**4 –** ذكر مكان الحجز , و ما قام به المحضر القضائي من إجراءات , و ما لقيه من عقبات واعتراضات و ما اتخذه من تدابير .

**5 –** تعيين الأشياء المحجوزة و وصفها وصفا دقيقا من حيث النوع , و الوصف , و المقدار والمقاس و القيمة على وجه التقريب .

**6 –** ذكر موقع البستان و الأرض و اسمهما , و رقم المسح إن وجد , و المساحة التقريبية و حدودها ونوع الثمار و المزروعات , أو نوع الأشجار وعددها , و ما يمكن أن يحصد أو يجنى منها و قيمته على وجه التقريب .

---

(1) – راجع د / محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 88 .

– و راجع أيضا د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 266 .

(2) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 182 .

(3) – ما يجري عليه العمل أن يحتار الدائن مكتب المحضر القضائي كموطن مختار له في دائرة اختصاص المحكمة التي يوجد في دائرة إختصاصها مكان التنفيذ , و هذا على غرار ما هو معمول به لدى المحامين .

**7 –** توقيع المحضر القضائي و ختمه بالإضافة إلى توقيع المحجوز عليه إن كان حاضرا , أو التنويه عن غيابه أو رفضه التوقيع.

و يلي بعد هذا تسليم محضر الحجز و الجرد إلى المحجوز عليه إذا كان حاضر في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ الحجز , و إذا رفض الاستلام ينوه عن ذلك بالمحضر , هذا بالنسبة للشخص الطبيعي أما بالنسبة للشخص المعنوي فيسلم محضر الحجز و الجرد إلى الممثل القانوني أو الإتفاقي و هذا وفقا لأحكام المادة 688 ق.إ.م.إ و التي تنسجم مع أحكام المادتين 408 و 410 من نفس القانون و في حالة ما إذا تم الحجز في غياب المحجوز عليه , أو لم يكن له موطن معروف يتبع أحكام التبليغ المنصوص عليها في المادة 412 ق.إ.م.إ , أي التبليغ عن طريق النشر في لوحة إعلانات المحكمة و بمقر البلدية **(1)**.

**و قد تحسب المشرع الجزائري** لحالة وجود المدين خارج الوطن و إقامته هناك بشكل مستمر وليس عرضي , كأن يبقى المحجوز عليه خارج الوطن لأشهر تقارب السنة , و نظرا لحساسية الحجز فقد أوجب المشرع تبليغ المحجوز عليه المقيم خارج الوطن بأمر الحجز و محضر الحجز في موطنه بالخارج حسب الأوضاع المقررة في البلد الذي يقيم فيه , و يعتبر التبليغ صحيحا وفقا للفقرة الأخيرة من المادة 406 ق.إ.م.إ , و في هذه الحالة فإن البيع لا يتم إلا بانقضاء مدة 10 أيام من تاريخ التبليغ .

**و أما الوضع في مصر** وعلى اعتبار أن الحجز التنفيذي يتم دون استصدار أمر من القضاء و هذا على عكس التشريع الجزائري , فقد حددت المادة 362 مرافعات مصري مواعيد تسليم صورة من محضر الحجز حيث نصت على :( إذا حصل الحجز بحضور المدين أو في موطنه , تسلم له صورة من المحضر على الوجه المبين في المادة 10 فإن كان الحجز قد حصل في غير موطنه في غيبته وجب إعلانه في اليوم التالي على الأكثر ).

**و أما في فرنسا** فيقع الحجز بعد انقضاء مهلة ثمانية أيام من تاريخ تبليغ الإلزام بالدفع , و على المحضر القضائي قبل أن يشرع في جرد المنقولات و الحجز عليها أن يكلف المدين مرة ثانية بالوفاء قبل الحجز عسى أن يتدارك الأمر و يبادر إلى التنفيذ الإرادي , كما يطلب المحضر القضائي من المدين إعلامه إذا ما تم توقيع حجز سابق على المنقولات حتى لا يوقع الحجز عليها , و بعد أن يقوم المحضر القضائي بجرد المنقولات و الحجز عليها , و تحرير محضر حجتز و جرد للمنقولات , و قد نصت

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 180 .

نصت المادة 101 من القانون الصادر بتاريخ 9 جويلية 1991 البيانات التي يجب أن يتضمنها المحضر تحت طائلة قابلية المحضر للبطلان , و قد تضمنت المادة النص على 10 بيانات , و يجب أن تكون بعض هذه البيانات بشكل بارز و واضح , مثل إعلام المدين بأنه له مهلة شهر للقيام بالبيع الاختياري للمنقولات المحجوزة و إلا بيعت جبرا عنه بالمزاد العلني , و أن ينبه بأنه لا يمكن التصرف في الأشياء المحجوزة و نقلها من مكانها تحت طائلة توقيع العقوبات الجزائية , و في الأخير تسلم نسخة من المحضر إلى المدين إذا كان حاضرا , أو أن يبلغ بنسخة من محضر الحجز إذا كان غائبا (1).

و في الأخير فإن التشريعات الثلاث تتشابه من حيث إجراءات توقيع الحجز , إلا أن التشريع الفرنسي يمتاز ببعض الخصوصية في الأحكام و الإجراءات , فعلى سبيل المثال فإن التشريع الفرنسي يخول للمحضر القضائي القيام بتصوير الأشياء المحجوزة و استظهارها في حالة قيام نزاع , و عليه نرى في أن هذا الإجراء هو إجراء احترازي خاصة إذا كان المدين متعنتا مما يخشى معه أنه سيحاول بكل الطرق عرقلة التنفيذ هذا من جهة , أما من جهة أخرى فليس هناك ما يمنع المحضر القضائي في الجزائر أو مصر من أن يتخذ كل التدابير قصد إنجاح عملية الحجز .

## الفرع الثاني
## الحراسة القضائية

تستلزم طبيعة بعض الأشياء المحجوزة أن تعهد إلى حراسة شخص , يتولى حراستها و الحفاظ عليها بينما قد لا تكون هناك ضرورة للقيام بذلك في بعض الحالات , حيث نصت المادة 697 ق.إ.م.إ : ( يعين المحضر القضائي بعد الحجز , المحجوز عليه حارسا على الأموال المحجوزة وعلى ثمارها إذا كانت في مسكنه أو محله التجاري .

و إذا كانت الأشياء المحجوزة في غير المحل أو المسكن و لم يوجد في مكان الحجز من يقبل الحراسة و لم يأت الحاجز و لا المحجوز عليه بشخص مقتدر , وجب تكليف المحجوز عليه بالحراسة مؤقتا إن كان حاضرا و لا يعتد برفضه , و إن لم يكن حاضرا كلف الحاجز بالحراسة مؤقتا للمحافظة على الأموال المحجوزة .

---

(1)- voir Emmanuel Blanc , op-cit , 211-212 .

و في الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة , يرفع المحضر القضائي الأمر فورا إلى رئيس المحكمة , ليقرر بأمر على عريضة , إما بنقلها و إيداعها عند حارس يختاره الحاجز أو المحضر القضائي و إما تعيين الحاجز أو المحجوز عليه حارسا عليها ) (1).

و عليه نشير أن المشرع الجزائري قد ارتضى بتكليف الدائن الحاجز مؤقتا حارسا على الأشياء المحجوزة للمحافظة عليها , و هذا على خلاف التشريع الفرنسي , حيث أن المادة 598 مرافعات فرنسي لا تجيز تعيين الحاجز أو أقاربه أو خدمه حراسا , و إنما تجيز تعيين المدين أو أقاربه أو خدمه بشرط موافقة هؤلاء و رضاء الدائن الحاجز , و نجد أن المشرع المصري قد ذهب إلى نفس هذا الاتجاه , حيث أوجبت المادة 364 مرافعات مصري تعيين المدين المحجوز عليه نفسه حارسا على أمواله المحجوزة بناءا على طلبه إلا إذا خيف التبديد و كان لذلك الخوف أسباب معقولة تذكر في محضر الحجز , و حظر القانون المصري أن يكون الحارس ممن يعملون في خدمة الحاجز أو معاون التنفيذ , و لا أن يكون زوجا أو قريبا لأيهما إلى الدرجة الرابعة , و من باب أولى أن يكون الحارس هو الحاجز أو مأمور التنفيذ (2).

و يجب على الحارس أن يحافظ على الأشياء المحجوزة الموضوعة تحت حراسته , و أن يبذل في ذلك عناية الرجل الحريص , و لا يجوز له أن يستعملها أو يستغلها إذا لم يكن هو المحجوز عليه و إلا حرم من أجرة الحراسة , كما يمكن عزله فضلا عن ذلك إلزامه بالتعويضات , نهيك عن توقيع العقوبات المقررة في قانون العقوبات , حيث نصت المادة 699 ق.إ.م.إ : ( إذا كانت الحراسة بأجر لا يجوز للحارس أن يستعمل أو يستغل أو يعير الأموال المحجوزة إلا بأمر مخالف من القضاء , وإلا تعرض إلى العقوبة المقررة في قانون العقوبات للجرائم المتعلقة بالأموال المحجوزة.

و إذا كان الحارس مالكا لها أو صاحب حق انتفاع , جاز له حق الاستعمال فيما خصصت له دون الاستغلال , و إذا بددها تعرض إلى العقوبة المقررة في قانون العقوبات للجرائم المتعلقة بالأموال المحجوزة .

و إذا كانت الحراسة على حيوانات أو أدوات عمل أو آلات لازمة لاستغلال أرض أو مصنع أو مؤسسة أخرى أو غيرها , يمكن للحاجز أو المحجوز عليه أن يطلب من رئيس المحكمة استصدار أمر على عريضة يسمح للحارس باستغلال الأموال إذا كان ذلك يحقق زيادة في قيمة الحجز).

---

(1) – راجع / القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 103 .

(2) – قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ 1984.12.01 ، منشور في دالوز الدورية 1949 ، حيث قضت أنه يجوز للمحضر القضائي أن يعين كاتبه حارسا على الأشياء .
– و راجع أيضا د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 421 .

و نجد أن المشرع المصري قد تضمن نفس الحكم , حيث نصت المادة 368 مرافعات مصري : ( لا يجوز أن يستعمل الحارس الأشياء المحجوز عليها ولا أن يستغلها أو يعيرها , و إلا حرم من أجرة الحراسة فضلا عن إلزامه وبالتعويضات إنما يجوز إذا كان مالكا لها أو صاحب حق , الانتفاع بها أن يستعملها فيما خصصت له ) [1].

و في الأخير يجب على الحارس أن يقدم الأشياء للبيع في اليوم المحدد له , و إلا سلطت عليه عقوبة خيانة الأمانة أو الاختلاس , و لو كان هو المالك لها , أو كان المحجوز عليه يعتقد ببطلان الحجز , بل لا يمنع توقيع العقوبة أن يكون الحجز باطلا ما لم يحكم ببطلانه قبل حصول التبديد أو الاختلاس , و يعلل ذلك بأن القانون إنما يعاقب على العبث بإجراءات التنفيذ القضائية لا على الاعتداء على ملكية الأشياء , كما يعللون بأنه كان على المحجوز عليه أن يلجأ إلى القضاء ليحكم له ببطلان الحجز فتصرفه في الأشياء دون أن يستصدر حكما ببطلان الحجز , هو ضربا من قضاء الإنسان بنفسه و هو ممنوع [2].

## الفرع الثالث
## حالة تعدد الدائنين

لقد سبق لنا القول بأن توقيع الحجز على مال من أموال المدين لا يخرج المال من ملكه , كما أن واقعة الحجز ذاتها لا تخص الحاجز وحده بحصيلة المال المحجوز , وكما قيل أيضا أن المال يظل قائما في الضمان العام للدائنين في ذمة الغير , وبالتالي فلا يمنع غير الحاجز من دائني المحجوز عليه من التنفيذ على المال و الاشتراك مع الحاجز في قسمة ثمن الأشياء المحجوزة بعد بيعها , إلا أنه بعد توقيع الحجز لا يتصور إعادة توقيع حجوز جديدة على نفس المال المحجوز بنفس الشكل , و بنفس الإجراءات لأن القاعدة في القانون الفرنسي , و الذي أخذ عنه القانون الجزائري و القانون المصري في أن حجز بعد حجز على ذات المال لا يجوز saisie sur saisie ne vaut , و عليه تنص المادة 700 ق.إ.م.إ : ( إذا وقع الحجز من دائن و لم يتم البيع , و علم الدائنون الآخرون بالحجز الأول قبل البيع , جاز

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 381 .

– و راجع أيضا د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 390 .

(2) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، 232 .

لهم أن يتقدموا بسنداتهم أمام المحضر القضائي لتسجيلهم و انضمامهم إلى الدائن الحاجز الأول و إعادة جرد الأموال المحجوزة , و طلب مواصلة إجراءات البيع إذا تقاعس الحاجز الأول وتوزيع المتحصل منه بينهم ) .

و منه ، فالقاعدة السالفة الذكر لا تحول دون توقيع حجوز أخرى , و إنما تحول دون توقيعه بذات الطريقة الأولى , فيجب توقيع حجز جديد بإجراءات مختلفة , و كل المشكلة هنا , فلا يتصور أن يكون لدينا محضران للحجز , و حارسان قضائيان و مكانين لبيع الأموال و تاريخين لبيعهما و مصاريف وإجراءات مكررة , و كل هذا يؤدي إلى التضارب و التناقض و زيادة النفقات التي يتحملها في النهاية هو المدين , لذلك قررت هذه القاعدة لمصلحة المدين و دائنيه على السواء , إذ يقصد بها توفير النفقات و الوقت و الجهد معا **(1)**.

و عليه فالمشرع الجزائري لم يرى أن يتخذ الحاجز الثاني أو المتدخل في الحجز نفس إجراءات الحجز الأول , لأن الغرض من توقيع الحجز الثاني قد تحقق بتوقيع الحجز الأول , و إنما عليه أن يتقدم بسنداته إلى المحضر القضائي , و ذلك وفقا للمادة 700 السالفة الذكر , و هكذا تتابع طلبات الحجز من الدائنين على الأموال محل الحجز , فإذا كانت هذه الأموال سبق توقيع الحجز عليها فلا يجوز إعادة الحجز عليها مرة أخرى , إنما قرر المشرع إتباع إجراءات خاصة , و هي التدخل في الحجز , و الدائنون الذين لهم حق التنفيذ الجبري الذين قصدتهم المادة 700 السالفة الذكر , هم الدائنون الذين بيدهم سندات تنفيذية **(2)**.

و إذا انتقل المحضر القضائي لتوقيع الحجز على أشياء كان قد سبق حجزها على الحارس عليها أن يبرز صورة من محضر الحجز و يقدم الأشياء المحجوزة , و على المحضر القضائي أن يقوم بجرد هذه الأشياء في محضر يسمى" محضر الجرد procès verbale de recollement " و يحجز على ما لم يسبق حجزه و يجعل حارس الحجز الأول حارسا عليها إذا كانت في ذات المحل , أو يعين حارسا أخر إذا لم يكن باستطاعة الحارس الأول القيام بذلك , و بعده يبلغ الدائن الحاجز و المدين المحجوز عليه محضر الحجز الثاني , كما يشعر المحضر القضائي الذي قام بالحجز الأول بحصول حجز ثاني على ذات الأموال في أجل أقصاه عشرة أيام , و إلا كان هذا الحجز قابلا للإبطال .

**و يترتب على التدخل في الحجز النتائج التالية :**

---

(1) – راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 406 .

– و راجع أيضا د / محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 92 .

- et voir Jean Vincent – Paul Cuche , op-cit , p 59 .

(2) – راجع د / محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 93 .

**1** – مطالبة الحاجز الأول بإبقاء الحجز قائما و عدم التنازل عنه , و تكليفه السير في إجراءات بيع الأشياء المحجوزة لمصلحة الحاجز الأخير فضلا عن مصلحة الحاجز الأول , فإذا أهمل الحاجز الأول أو تقاعس عن السير في الإجراءات أو تنازل عنها يكون دائما للحاجز التالي حلول محل الحاجز الأول في مواصلة الإجراءات la subrogation aux poursuites, كما إذا أهمل حارس الأشياء في أداء ما تتطلبه الحراسة كان مسئولا في مواجهة الحاجز المتدخل فضلا عن مسؤوليته في مواجهة الحاجز الأول(1) .

**2** – تكليف المحضر القضائي الذي يتولى بيع الأشياء المحجوزة في اليوم المحدد لذلك , على أن يراعي قبل الكف عن البيع أن يصل الناتج منه إلى الحد الذي يكفي للوفاء بدين الدائن المتدخل فضلا عن دين الدائن الذي أوقع الحجز الأول(2).

**3** – منع المحضر القضائي من أداء حق الحاجز الأول , و بالتالي مشاركة الحاجز الثاني في اقتسام ثمن الأشياء المبيعة قسمة غرماء , إلا إذا كان لأحد الدائنين تأمينات عينية أو حق امتياز , مما يخوله حق التقدم .

و الجدير بالذكر أن تدخل الدائنين في الحجز قد أثارت خلافا كبيرا في مدى ارتباط التدخل في الحجز الأول ، **حيث رأى البعض** أن التدخل يرتكز على الحجز فإذا كان الحجز باطلا لأي سبب من الأسباب سواء كان لعيب في الإجراءات أو لسبب متعلق بحق الحاجز أو صفته , وعليه فإن زوال الحجز الأول أو بطلانه , يزول معه الحجز الخاص بالمتدخل حيث يفتقد هذا الأخير الأساس الذي يقوم عليه (3).

**و ذهب رأي آخر** إلى التمييز بين أسباب بطلان الحجز الشكلية أي عيوب الإجراءات و أسباب البطلان الموضوعية أي عيوب في السند التنفيذي , الأطراف أو المال الجاري التنفيذ عليه , و يترتب على هذا الرأي ما يلي :

**1** – إذا كان بطلان الحجز الأول راجعا إلى عيوب شكلية فإنه لا يتصور بعد الحكم ببطلان الحجز بسببها أن يبقى حجز يمكن للمتدخل الاستناد عليه و بالتالي يزول الحجز الثاني بزوال الحجز الأول .

---

(1) – راجع د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 445 .
– و راجع أيضا د / أحمد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 398 .
– د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 396 .

(2) – د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 241 .

(3) – أنظر في هذا الشأن حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 07 جوان 1853 منشور في دالوز 53/01–249 ، و حكم محكمة سيري في 15 نوفمبر 1899 , و أنظر في هذا الشأن د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 466 .
– د / رمزي سيف ، نفس المرجع ، ص 242 .
– د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 401 .

**2** – أما إذا كان البطلان راجعا إلى أسباب موضوعية تتعلق بالحاجز الأول دون الثاني , فزوال الأول نتيجة البطلان الموضوعي لا يؤثر على الحاجز الثاني , الذي يظل حجزه قائما غير ممسوس به وذلك لأنه لا يضار الدائن المتدخل بخطأ وقع من غيره و لا حيلة له في معرفته أو تجنبه , كما أنه ليس من العدل أن يمنع المشرع الدائن المتدخل من توقيع حجز ثان ثم يحمله في نفس الوقت نتائج بطلان الحجز الأول .

و عليه فقوام الرأي ببطلان التدخل إذا كان الحجز باطلا لعيب في إجراءاته , و لكنه لا يبطل إذا كان بطلان الحجز لسبب متعلق بحق الحاجز أو صفته , لأنه ما دامت إجراءات الحجز صحيحة , فقد تم وضع الأموال المحجوزة تحت يد القضاء على نحو صحيح , و يضيف أصحاب هذا الرأي أنه كلما ذهب المحضر القضائي لتحرير محضر الجرد بناءا على طلب الدائن المتدخل , و وجد أن إجراءات الحجز باطلة كان له توقيع حجز جديد بدلا من الاكتفاء بتحرير حجز على أشياء لم يشملها محضر الحجز الأول , فإن الحجز عليها لا يتأثر مطلقا ببطلان الحجز الأول أيا كان سبب البطلان [(1)].

**إلا أن الدكتور "أحمد أبو الوفا** ", يعارض هذا الموقف إذ يقول : ( هذا القول محل نظر لأن المحضر القضائي ليس بقاض ليترك له التقدير , ثم يجب أن لا يترك مصير الدائن المتدخل لمطلق تقدير المحضر القضائي , و هذا الأخير غير مسئول عن اتجاه تقديره , و لا يصح أن تبنى قاعدة قانونية أو يبنى تفسيرها على ما يتقضاه أن يترك أمر ليس مكلفا في الأصل بإجرائه , فلا يسأل إن لم يقم باتخاذه و لا يسأل إن قام به و أساء التقدير , و عليه فقد نصت المادة 3/701 على : ( إذا صرح ببطلان الحجز الأول , فلا يؤثر ذلك على الحجوز اللاحقة له على نفس المنقولات إذا كانت صحيحة ) و منه نرى أن المشرع الجزائري لم يربط الحجزان في ما يخص البطلان , و عليه فبطلان الحجز الأول لا يؤدي إلى بطلان الحجز الثاني أو التدخل في الحجز ما دام هذا الأخير قد تم بشكل صحيح وهو نفس الحكم الذي أخذ به التشريع المصري بموجب المادة 3/372 مرافعات مصري على أنه إذا وقع الحجز على منقولات باطلا , أيا كان سبب البطلان , فلا يؤثر ذلك على التدخل الذي يعتبر حجزا ثانيا –على النحو السالف ذكره – ولا يمكن تصور حصوله إلا قبل البيع , أما بعد البيع فهو بمثابة حجز على الثمن تحت يد المحضر , و يحصل التدخل بهذه الطريقة بإجراءات حجز ما للمدين لدى الغير كما أنه جائز لكل دائن سواء كان بيده سند تنفيذي أو ليس بيده سند تنفيذي فهم على السواء ويترتب على الحجز تحت يد المحضر القضائي الآثار التي تترتب بطريق الحجوز اللاحقة على ذات هذه المنقولات إذا وقعت صحيحة في ذاتها , و على كل حال فإن لكل حجز استقلاله من ناحية صحته وبطلانه [(2)].

---

(1) – راجع د / نبيل إسماعيل ، مرجع سابق ، ص 467 .

(2) – راجع د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 451 .

المعارضة في رفع الحجز الأول من مراعاة دين الدائن المتدخل قبل الكف عن البيع , و من مشاركة الدائن المتدخل فيما يفيض من ثمن الأشياء المبيعة عما يكفي للوفاء بحق الدائن الحاجز أو بحقوق الدائنين المتدخلين في الحجز قبل الحجز , لأنه لتمام البيع يختص الدائنون الحاجزون و الدائنون المتدخلون قبل البيع بحصيلة التنفيذ سواء كانت هذه الحصيلة كافية للوفاء بحقوقهم أو غير كافية [(1)].

## الفرع الرابع
## الصور الخاصة للحجوز التنفيذية

قد تختلف الأموال المراد الحجز عليها باختلاف طبيعتها و نوعها , و إذا كان الحجز يتصف بهيكل إجرائي عام , إلا أن هذا لا يحول دون وجود إجراءات خاصة في بعض الحجوز فتوقيع الحجز على مبلغ من النقود , ليس كمثل توقيع الحجز على معادن نفيسة أو لوحات فنية , أو الحجز على حيوانات و غيرها من الأشياء و الأموال , و عليه سنحاول التفصيل في أحكام و إجراءات الحجز حسب كل نوع ورد ذكره في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد , و بطبيعة الحال مقارنته مع القانون الفرنسي و القانون المصري .

**أ – <u>الحجز على الثمار أو المزروعات القائمة قبل نضجها</u> :** لقد جاءت المادة 692 ق.إ.م.إ أكثر وضوحا و دقة من نص المادة 374 من قانون الإجراءات المدنية القديم , حيث أقر المشرع الجزائري بحق الدائن في الحجز على الثمار و المزروعات المملوكة للمدين قبل نضجها , حيث نصت المادة 1/692 ق.إ.م.إ : ( يجوز الحجز على المتصلة أو المزروعات القائمة قبل نضجها) أما المشرع المصري فقد نص في المادة 354 مرافعات مصري : ( لا يجوز حجز الثمار المتصلة و لا المزروعات القائمة قبل نضجها بأكثر من خمسة و أربعين يوما.

و يجب أن يبين في المحضر بالدقة موضع الأرض و اسم الحوض ورقم القطعة و مساحتها وحدود ونوع المزروعات أو نوع الأشجار وعددها وما ينتظر أن يحصد أو يجنى أو ما ينتج منها و قيمته على وجه التقريب ).

---

(1) - راجع د / عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 400 .
– وراجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 265 .
– و للمزيد راجع أيضا د / محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 106 .

**وأما المشرع الفرنسي** فقد نص على هذا النوع من الحجوز ضمن الحجوز التنفيذية , بعنوان الحجز على المحاصيل المتصلة بالأرض saisie des récoltes sur pied , هذا و قد غير المشرع الفرنسي من عنوان هذا النوع من الحجوز حيث كانت لها تسمية غير واضحة بالنسبة للأشخاص العاديين –saisie brandon– و هذا ما عبر عنه عميد الفقهاء , الفقيه "دونييه "Donnier" :( إن هذا تجديد مهم في الحجوز التنفيذية و نشير أن التسمية الجديدة مرحب بها , فهي أكثر وضوحا وتعبيرا للعوام , كما أن لها الفضل في محو النظام القديم الذي يعود إلى القانون القديم الذي أتى عليه الدهر ) وعليه و حسب تعريف الفقيه "جون فانسان" و "بيرفو" فيعرفان هذا الحجز , بأنه ذلك الحجز الذي يوقعه الدائن الذي بيده سند تنفيذي , على المحاصيل القائمة و التي لم تنضج بعد ووضعها تحت يد القضاء من أجل بيعها بعد نضجها , و هذا حسب نص المادة 134 من القانون الصادر سنة 1991 وقد حددت المادة السالفة الذكر مهلة ستة 06 أسابيع قبل النضج للحجز على هذه المحاصيل (1).

و عليه فإذا كان محل الحجز ثمارا , فإن الحجز عليها يكون بطريق حجز المنقول لدى المدين على الرغم من أنه متصلة بالأرض , و ذلك باعتبارها منقولا بحسب المآل , و استلزم المشرع الجزائري لصحة الحجز على الثمار أو المزروعات أن يكون قبل نضجها و لم يحدد المدة بالضبط على عكس المشرع المصري , الذي حدد هذه المدة بأكثر من 45 يوما قبل نضجها و هي نفس المدة تقريبا في التشريع الفرنسي 06 أسابيع أي 42 يوما قبل نضج المحاصيل , و العبرة في ذلك حتى لا يؤدي الحجز عليها في وقت مبكر إلى الإهمال في العناية بها من جهة , و من جهة أخرى زيادة مصاريف الحجز ، و عليه نرى أن المشرع الجزائري لم يكن صائبا في عدم تحديده للمدة التي يمكن توقيع الحجز فيها و ترك الأمر لتقدير الدائن أو المحضر القضائي أمر غير سليم و صائب بحيث يمكن الحجز على الثمار أو المزروعات و هي في حالة جد متأخرة من النضج مما قد يؤدي إلى الإضرار بهذه المحاصيل و المدين و بالتالي عدم الوصول إلى تحقيق الغاية من هذا الحجز , و منه نرى أن المشرع الفرنسي قد أحسن صنعا عندما ترك أمر تقدير هذه الحالة إلى العادات المحلية و هذا ما نصت عليه المادة 626 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي , و هو نفس الحكم الذي أقره التعديل الجديد في طرق التنفيذ في فرنسا و هذا الإجراء هو من النظام العام و بالتالي يؤدي عدم احترامه إلى بطلان الحجز.

و يجب أن يتضمن محضر الحجز و الجرد , و بالدقة موقع الأرض و تسميتها , و رقم المسح أو القطعة إن وجد و مساحتها و حدودها , و نوع الثمار أو المزروعات و نوع الأشجار المثمرة , ومقدار ما يحصد أو يجنى و قيمته على وجه التقريب.

---

(1) – voir Emmanuel Blanc , op-cit , p 233 .
- et voir Pierre Julien – Gilles Taormina , op-cit , p 195 .

إن عملية الوصف ليست عملية سهلة إذ تحتاج إلى معرفة و خبرة و في بعض الأحيان الاستعانة بوسائل القياس المختلفة , و معرفة المحضر القضائي بأصول التقييم , و هذا ما لا نتصور حدوثه في كل الحالات و بالتالي كان من الأحسن أن يقرر المشرع الجزائري للمحضر القضائي الاستعانة بوسائل القياس و الخبرة إن استدعى الأمر إلى ذلك .

وكما اشترط المشرع الجزائري أن لا تتم عملية الجني أو الحصد أو بيعها إلا بموجب أمر على عريضة يقدمها الحارس القضائي أو الحاجز أو المحجوز عليه , كما يمكن أن تباع هذه الثمار أو المزروعات و هي قائمة على أرضها إذا كانت تحقق نفعا أوفر , حيث نصت المادة 3/392 ق.إ.م.إ :( كما يجوز بيع الثمار أو المزروعات وهي قائمة في أرضها إذا كان ذلك يحقق نفعا أوفر وفقا الإجراء المنصوص عليه في الفقرة أعلاه ).

**ب –<u>الحجز على المعادن النفيسة</u> :** نظرا للقيمة المالية الكبيرة لهذه الأشياء , فقد خصها المشرع الجزائري برعاية خاصة حماية للمدين و الدائن على حد السواء , و لأجل هذا لم يترك تقدير هذه الأشياء الثمينة للمحضر القضائي , إذ مهما بلغ من حسن تقييم فلن يكون ذلك كافيا , و عليه فقد جعل المشرع الجزائري تقدير هذه المعادن إلى خبير أو الإدارة المكلفة بدمغ المعادن الثمينة بناءا على أمر على عريضة , و بالرجوع إلى نص المادة 693 ق.إ.م.إ : ( إذا وقع الحجز على مصوغات أو سبائك ذهبية أو فضية أو حلي أو أحجار كريمة أو معادن نفيسة أخرى , تطبق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 665 أعلاه ) , و عليه تحيلنا هذه المادة إلى تطبيق أحكام المادة 665 ق.إ.م.إ المتعلقة بالحجز التحفظي على المعادن الثمينة , و الغرض من هذا التقويم هو عدم بيع هذه الأموال بأقل من قيمتها (1).

**و في مصر** يتم اتخاذ نفس الإجراءات في الحجز على المعادن الثمينة , إذ أن تقويم الأشياء لا يتم بمعرفة المحضر , و إنما بمعرفة خبير يعينه قاضي التنفيذ بناءا على طلب المحضر , و تنص المادة 1/358 : ( إذا كان الحجز على مصوغات أو سبائك من ذهب أو فضة أو معدن نفيس أخر أو على مجوهرات أو أحجار كريمة , فتوزن و تبين أوصافها بالدقة في محضر الحجز (2).

و تقوم هذه الأشياء بمعرفة خبير يعينه قاضي التنفيذ التابع له مكان التنفيذ بناءا على طلب المحضر).

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 184.

(2) – و راجع أيضا د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 675.

ج –**<u>الحجز التنفيذي على اللوحات الفنية</u>** : لقد استحدث المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد هذا النوع من الحجوز إذا لم يسبق أن تناولها أي نص من قبل حيث نصت المادة 694 من القانون السالف الذكر : ( إذا وقع الحجز على لوحات فنية أو أشياء ذات قيمة خاصة وجب وصفها و تقييمها بمعرفة خبير يعين بموجب أمر على عريضة ) , و عليه فإذا تعلق الحجز بلوحات فنية , خاصة إذا كانت لرسامين مشاهير و ذات قيمة فنية كبيرة , أو مزهريات تحمل نقوشا يدوية أو أوان عليها رسوم و غيرها من الأشياء التي تستمد قيمتها المالية من اعتبارات تاريخية ومالية فإن تقييمها لا يكون من طرف المحضر القضائي , بل من طرف خبير يعين بموجب أمر على عريضة و نجد أن المشرع المصري قد نص على نفس الحكم في نص المادة 3/358 : ( و يجوز بهذه الطريقة تقويم الأشياء الفنية الأخرى بناءا على طلب الحاجز أو المحجوز عليه ) .

و أما في التشريع الفرنسي فلا توجد أحكام خاصة لهذا النوع من الحجوز التنفيذية , و منه تطبق عليه الأحكام العامة في الحجوز التنفيذية .

د –**<u>الحجز التنفيذي على المبالغ المالية و العملات الأجنبية</u>** : لقد استحدث المشرع الجزائري على غرار الحجز على اللوحات الفنية و الأشياء الخاصة , الحجز على المبالغ المالية سواء كانت عملة وطنية أو عملات أجنبية , حيث نصت المادة 695 ق.إ.م.إ : ( إذا وقع الحجز على مبالغ مالية موجودة في مسكن المدين أو في محله التجاري , يجب على المحضر القضائي أن يبين مقدارها في محضر الحجز , و يقوم على الفور بالوفاء بقيمة الدين للدائن الحاجز مقابل وصل.

و إذا وقع الحجز على مبالغ مالية بعملة أجنبية قابلة للتداول , و يجب على المحضر القضائي أن يبين نوعها و مقدارها , و يقوم بتحويلها في بنك الجزائر مقابل قيمتها بالدينار , و يفي بقيمة الدين والمصاريف للحاجز ).

و عليه , نرى أن النص على الحجز على العملات الوطنية , هو من قبيل تحصيل حاصل , فحتى لو لم ينص على ذلك المشرع الجزائري صراحة و انتقل المحضر القضائي إلى مسكن المدين أو محله التجاري و وجد عنده مبالغ كافية للوفاء بقيمة الدين و المصروفات , فإنه حتما سيحجز عليها و هي أيسر في الحجز من الحجز على منقولات أو أشياء أخرى , بينما الحجز على العملات الأجنبية و هذا محتمل الوقوع , و حسنا ما فعل المشرع الجزائري لما نص على ذلك , و عليه ففي حالة ما إذا كانت المبالـغ الماليـة بعملة أجنبية قـابلة للتداول , فيجب علـى المحضر القضائـي تبيين نوعهـا و مقدارهـا

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 184.

– و راجع أيضا د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 675.

(2) – راجع د / عبد الحميد المنشاوي ، المرجع السابق ، ص 604 .

و تحويلها إلى بنك الجزائر مقابل قيمتها بالدينار , إلا أننا نرى أن حصر التحويل لدى بنك الجزائر في غير محله خاصة إذا كلن الحجز في منطقة بعيدة أو لا توجد فيها وكالة أو فرع لبنك الجزائر , مما يحتم على المحضر القضائي الانتقال إلى أماكن توجد فيها وكالة لبنك الجزائر , و في هذا إهدار للوقت و تحميل مصاريف إضافية يتحملها المدين في النهاية , و منه كان من الأحسن على المشرع الجزائري أن يجعل هذه العملية في أي بنك وطني .

**و في مصر** ، فقد نظم المشرع المصري الحجز على النقود أو العملات الورقية لكنه لم يحدد ما إذا كانت هذه النقود عملات وطنية أو أجنبية والأرجح أن المشرع المصري قصد الحجز على العملات الوطنية المصرية , حيث نصت المادة 359 مرافعات مصري : ( إذا وقع الحجز على نقود أو عملة ورقية وجب على المحضر أن يبين أوصافها ومقدارها في المحضر و يودعها خزانة المحكمة).

**و أما المشرع الفرنسي** ، فقد نص على هذا النوع من الحجوز بموجب المادة 98 من القانون الصادر سنة 1991 , و لكنه لم يحدد طبيعة النقود و منه يتصور أن هذه النقود هي من العملة الوطنية و عليه يقتضي على المحضر القضائي أن لا يحجز أكثر من قيمة الدين و المصاريف و يحتفظ بهاو يجب عليه أن ينوه على ذلك في محضر الحجز و الجرد , و أن ينبه المدين بأنه له مهلة شهر لتقديم اعتراض أمام قاضي التنفيذ المختص بمكان التنفيذ , و لهذا الأخير إما أن يأمر برد النقود إذا ما تبين له صحة الاعتراض أو أن يرفض ذلك , و إذا كان الأمر كذلك فيقوم المحضر القضائي بتسليم المبلغ المحجوز إلى الدائن الحاجز [(1)].

**و –<u>الحجز التنفيذي على الحيوانات</u>** : لقد تضمنت المادة 696 ق.إ.م.إ أحكام الحجز على الحيوانات بقولها : ( إذا وقع الحجز على حيوانات , يجب تعيين نوعها و فصيلتها و عددها و وصف سنها وقيمتها التقريبية , و تبقى في حراسة المحجوز عليه ) , و عليه لقد اكتفى المشرع الجزائري بذكر لفظ الحيوانات بصفة مطلقة , و هذا لا يعني أن يتم الحجز على كل الحيوانات الموجودة في حيازة المدين مهما كان نوعها , فالحيوانات المرغوب عليها يجب أن تكون ذا قيمة تداولية سواء كانت أليفة كالغنم و البقر و غيرها , أو غير أليفة لكنها مصنفة كنوع معين من الكلاب المدربة للحراسة وبالتالي لا يجوز الحجز على الكلاب و القطط العادية أو المنزلية , باعتبار أن هذه غير مصنفة وليست ذات قيمة تداولية , كما لا يتصور الحجز على الحيوانات المفترسة التي يتكفل بها المدين من باب المغامرة و الهواية , و هناك أصناف أخرى من الحيوانات مصنفة و محمية من الانقراض , فهذه الحيوانات لا يجوز الحجز عليها [(1)].

---

(1)- voir Pierre Julien – Gilles Taormina , op-cit , p 193-194

(1) – راجع في هذا الشأن الأمر رقم 06–05 مؤرخ في 15 جويلية 2006 يتعلق بحماية بعض الأنواع الحيوانية المهددة بالانقراض و المحافظة عليها ، منشور في الجريدة الرسمية عدد 47 لسنة 2006 .

**ي – الحجز التنفيذي على السندات التجارية و القيم المنقولة :** الأسهم و السندات أوراق مالية تثبت حقوق مالية لأصحابها , و تختلف طريقة حجز هذه الأوراق المالية بحسب نوعها , و قد ميز المشرع الجزائري و كذلك فعل المشرع المصري و المشرع الفرنسي , بين السندات التجارية من جهة و القيم المنقولة و إيرادات الأسهم الاسمية و حصص الأرباح المستحقة من جهة أخرى حيث تنص المادة 719 ق.إ.م.إ : ( تحجز السندات التجارية الموجودة لدى المدين إذا كانت لحاملها أو قابلة للتظهير وفقا للأحكام المقررة للحجز التنفيذي على المنقول تحت يد المدين .

و تحجز القيم المنقولة و إيرادات الأسهم الاسمية و حصص الأرباح المستحقة الموجودة في ذمة الأشخاص المعنوية طبقا للأحكام المقررة لحجز ما للمدين لدى الغير , و يترتب على ذلك , الحجز على ثمارها و فوائدها إلى تاريخ البيع ) , و تقابلها المادة 398 و المادة 399 مرافعات مصري حيث تنص المادة 398 : ( الأسهم و السندات إذا كانت لحاملها أو قابلة للتظهير يكون حجزها بالأوضاع المقررة لحجز المنقول ) , أما المادة 399 من نفس القانون تنص على : ( الإيرادات المرتبة و الأسهم الاسمية و حصص الأرباح المستحقة في ذمة الأشخاص المعنوية و حقوق الموصيين تحجز بالأوضاع المقررة لحجز ما للمدين لدى الغير , و يترتب على حجز الحقوق المشار إليها بالفقرة السابقة حجز ثمارها و فوائدها و ما يستحق منها يوم البيع ) , و في فرنسا و قبل التعديل في قانون في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي فقد كان الحجز على القيم المنقولة يخضع لأحكام المادة 557 من قانون المرافعات الفرنسي حيث أنه إذا كانت هذه السندات في حيازة المدين فيتم الحجز عليها بطريق الحجز التنفيذي على المدين , أما إذا كانت في حيازة الغير فتحجز بطريق حجز ما للمدين لدى الغير [1].

و عليه , فإذا كانت السندات التجارية موجودة لدى المدين أو لحاملها , فإن الحق الثابت فيها يندمج في الصك المثبت له , و بالتالي يصبح كما لو كان منقولا في حيازة المدين , و هو في الواقع حق للمدين في ذمة الغير المسحوب عليه , و لما كان الأمر كذلك فإن تداول هذا الحق يكون بالتظهير فيصبح حامل السند مالكا له و لا يمكن للمحجوز عليه ( المسحوب عليه ) أن يمتنع عن الوفاء إليه , إذ لا يجوز الاحتجاج في مواجهة الحامل الجديد إلا بالدفوع الخاصة به , على اعتبار أن التظهير يطهر الدفوع و عليه فالحجز المجدي إذن هو حجز المنقول لدى المدين [2].

وأما الأسهم أو ما يعبر عنه في التشريع الجزائري القيم المنقولة , فيحجز عليها حجز ما للمدين لدى الغير , و يصار إلى بيعها بواسطة أحد البنوك أو أية مؤسسة مؤهلة لذلك تعين من طرف رئيس المحكمة عن طريق أمر على عريضة , و هذا ما نصت عليه المادة 720 ق.إ.م.إ : ( تباع القيم المنقولة

---

(1)– voir Emmanuel Blanc , op-cit , p 259 .

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 347 .

و الأسهم بواسطة أحد البنوك أو أية مؤسسة مؤهلة قانونا , تعين من طرف رئيس المحكمة بأمر على عريضة , بناء على طلب الدائن الحاجز , يبين في الأمر ما يلزم اتخاذه من إجراءات النشر و التعليق ) و تقابلها المادة 400 مرافعات مصري حيث تنص على ما يلي : ( تباع الأسهم و السندات و غيرها مما نص عليه في المادتين السابقتين بواسطة أحد البنوك أو السماسرة أو الصيارفة يعينه قاضي التنفيذ بناء على طلب يقدمه الحاجز و يبين القاضي في أمره ما يلزم اتخاذه من إجراءات الإعلان ) [1].

و نشير في الأخير أن المشرع الفرنسي قد نظم الحجز على القيم المنقولة بموجب القانون الجديد الصادر سنة في 09 جويلية 1991 , و الذي بموجبه تم تعديل طرق التنفيذ , حيث تناولت المواد 178 إلى المادة 182 النص على أحكام الحجز على القيم المنقولة , فعلى سبيل المثال نصت المادة 180 منه على : ( تحجز القيم المنقولة للحامل , عند الوسيط المؤهل الذي تم عنده التسجيل .

و إذا كلف صاحب القيم الاسمية وسيط مؤهل لتسيير حسابه , فإن الحجز يقع على هذا الأخير ) أما فيما يخص بيع هذه القيم المنقولة , فقد منح المشرع الفرنسي الخيار للمدين في أن يبادر إلى البيع الاختياري في أجل شهر من تاريخ تبليغه أمر الحجز , و في حالة عدم القيام بذلك فيشرع في بيع هذه القيم بالمزاد العلني [2].

---

(1) – راجع د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 621 .
– و راجع أيضا د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 298 .

(2) -Voir Emmanuel Blanc , op-cit , p 259 – 268 .

## المطلب الثاني

## الحجز التنفيذي على ما للمدين لدى الغير

لقد تناولنا بصدد الحديث عن الحجز التحفظي , صورة حجز ما للمدين لدى الغير تحفظيا , و رأينا أن هذا الحجز يوقعه الدائن على ما يكون لمدينه من حقوق و منقولات في ذمة الغير أو حيازته و منعه من الوفاء بها أو تسليمه ما في حيازته من أموال إلى المدين و ذلك تمهيدا لحصول الدائن الحاجز على حقه من تلك الأموال .

و عليه فحجز ما للمدين لدى الغير يفترض وجود ثلاثة أطراف , و هم الدائن الحاجز الذي يتخذ إجراءات الحجز , و المدين المحجوز عليه , و الغير المحجوز لديه و هو مدين المدين الذي يتم الحجز على الأموال في ذمته أو حيازته (1).

و يتميز الحجز التنفيذي لما للمدين لدى الغير عن الحجوز الأخرى في عدة نواحي بداء بأطرافه فإذا كانت الحجوز الأخرى تقتضي وجود علاقة مباشرة بين الدائن الحاجز والمدين المحجوز عليه , فإن حجز ما للمدين يتدخل فيه الغير باعتباره مدين للمدين , أو حائز لأموال هذا الأخير , كما رسمت التشريعات إجراءات لهذا الحجز تختلف عن إجراءات حجز المنقول لدى المدين و ذلك حرصا على مصلحة الحاجز و رعاية للمحجوز لديه , فلا يتم يتم هذا الحجز بالصورة المعتادة و هي انتقال المحضر القضائي إلى مكان تواجد الأموال و الحجز عليها و جردها , ففي هذا الأمر قد يؤدي إلى الإساءة إلى سمعة المحجوز لديه , كما يخشى أن يشمل الحجز منقولات مملوكة للمحجوز لديه و ليست مملوكة للمدين .

و لتفادي هذا فيتم الحجز بإعلان يوجه إلى المحجوز لديه يمنعه من الوفاء بما في ذمته أو حيازته للمدين , و هذا هو موقف المشرع الفرنسي و المشرع المصري , بينما المشرع الجزائري اتخذ اتجاه مغايرا تماما لهذا الاتجاه , إذ يسمح للمحضر القضائي بحجز الأموال المراد الحجز عليها وجردها وتعيينها تعيينا دقيقا , و هذا على خلاف التشريع الفرنسي و التشريع المصري , و عليه نرى أن هذا الإجراء في غير محله و قد يؤدي إلى الإضرار بالمحجوز لديه , كما أنه لا ينسجم مع تكليف المحجوز لديه بتقديم تقرير بما في الذمة , فلماذا إذن يكلف المحجوز لديه بهذا الإجراء ما دام المحضر القضائي قد قام بجرد الأموال و تعيينها.

---

(1) – راجع د / عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص 141 .

# الفرع الأول

## طبيعة حجز ما للمدين لدى الغير

يثير هذا الطريق من طرق الحجز سؤالا , يدور حول **ما إذا كان هذا الحجز تطبيقا من تطبيقات استعمال الدائن لحقوق مدينه ؟**

اختلفت الآراء في الإجابة على هذا التساؤل , فذهب رأي في الفقه أن حجز ما للمدين لدى الغير هو صورة من صور استعمال الدائن لحقوق مدينه تطبيقا للقاعدة المقررة في هذا الصدد في المادة 1166 من القانون المدني الفرنسي , المقابلة للمادة 335 من القانون المدني المصري و المادة 189 من القانون المدني الجزائري , و هذا تطبيقا لمبدأ الضمان العام [1].

فليس هناك ما يمنع الدائن من أن يستعمل حق مدينه في الحجز على مدين هذا المدين تحت يد الغير , دون حاجة إلى الاستناد إلى الحلول الإتفاقي أو القضائي , و بالتالي هذا الحق للدائن أن يستعمل كل حقوق مدينه إلا ما كان متصلا بشخصه , و لما كان حق توقيع الحجز ليس من الحقوق التي تتصل بشخص المدين , فإنه يحق للدائن أن يستعمله , و هذا ما يعرف في القانون المدني " بالدعوى غير المباشرة "l'action indirecte [2].

و قد أنتقد هذا الرأي من عدة نواحي نذكر منها :

**1- <u>الاختلاف في الغرض</u> :** فالمقصود من حجز ما للمدين لدى الغير ليس فقط المحافظة على الضمان العام , و لكن استيفاء حق الحاجز مباشرة من الحق المحجوز عليه , أما استعمال حق المدين فلا تهدف إلا لتقوية الضمان العام من خلال ادخال الحق في اموال المدين ليكون ضمان لسائر الدائنين كما لا يشترط القانون الإجرائي في حجز ما للمدين لدى الغير ما يشترطه القانون المدني لاستعمال حقوق المدين من أنه لا يكون قد استعمل حقه , و من أن عدم استعماله يكون من شأنه أن يسبب إعساره أو يزيد فيه [3].

---

(1) – راجع د / عباس العبودي ، مرجع سابق ، ص 142 .
– و راجع أ / أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 330 .

(2) - راجع د / محمد حسنين / المرجع السابق / ص 108-109 .

(3) – راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص 784 .
– د / أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 353 .

**2- <u>أما من حيث الآثار</u>** : فتوقيع حجز ما للمدين لدى الغير يترتب عليه أن يمنع المدين التصرف في أمواله لدى الغير , و يمتنع على هذا الأخير كذلك الوفاء له بمطلوبه , أما إذا استعمل الدائن حق مدينه فلا يمتنع على هذا الأخير التصرف في حقه و لا على مدين المدين الوفاء له بما هو مطلوب منه , و لا يملك دائنه في هذه الحالة إلا مباشرة الدعوى بطلب عدم النفاذ إذا توافرت شروطها .

و يذهب الرأي الراجح أن حجز ما للمدين لدى الغير هو حق قائم بذاته يرد على ذمتين ماليتين و ضد مدينين , فالقانون أقام علاقة مباشرة بين الحاجز و هذا الغير , فهذا الأخير لا تربطه بالحاجز رابطة قانونية , و رغم ذلك اصطنع القانون هذه الرابطة , وبناءا عليها أجاز هذا الحجز فالدائن الحاجز يستند في علاقته بالشخص الثالث على القانون الذي زود الحاجز بسلطة مستمدة من علاقته بمدينه الأصلي المحجوز عليه , وأجاز بناءا على هذه السلطة إلقاء الحاجز الحجز تحت يد الشخص الثالث بناءا على هذه العلاقة القائمة بين هذا الأخير و مدين الحاجز , فهذا الأخير يتعقب في الواقع عناصر الذمة المالية لمدينه الأصلي , بموجب حقه في الضمان العام على ذمة مدينه وعناصرها [1].

## <u>الفرع الثاني</u>

## <u>إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير</u>

أ - نشير ابتداء أن توقيع حجز ما للمدين لدى الغير في التشريع الجزائري , لا يكون إلا بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة , سواء كان هذا الحجز حجزا تنفيذيا أو حجزا تحفظيا , و هذا على خلاف التشريع المصري و التشريع الفرنسي , حيث يفرق التشريعان بين حالة ما إذا كان بيد الدائن سند تنفيذي أم لا , فإذا كان بيده سند تنفيذي فلا حاجة إلى ضرورة استصدار إذن من القضاء , أما إذا لم يكن الأمر كذلك فإنه يشترط الحصول على إذن من القضاء لتوقيع حجز ما للمدين لدى الغير.

و بالرجوع إلى نص المادة 667 ق.إ.م.إ : ( يجوز لكل دائن بيده سند تنفيذي , أن يحجز تنفيذيا على ما يكون لمدينه لدى الغير من الأموال المنقولة المادية أو الأسهم أو حصص الأرباح في الشركات أو السندات المالية أو الديون , و لو لم يحل أجل استحقاقها , و ذلك بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة التي توجد فيها الأموال ) .

و لقد رأينا في مستهل حديثنا عن هذا الحجز الذي يقوم على علاقة بين ثلاثة أطراف , فكان من المنطقي أن يختلف في إجراءاته عن الحجز التنفيذي بين يدي المدين , وقد رأينا أن المشرع الجزائري

(1) – راجع د / أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 353.

قد خالف التشريع المصري و التشريع الفرنسي في إجراءات توقيع حجز ما للمدين لدي الغير , إذ يتم هذا الحجز في هذين التشريعين بمجرد إعلان إلى المحجوز لديه , و ينذر هذا الأخير بعدم الوفاء إلى المدين المحجوز عليه , كما يكلف بتقديم تقرير بما في الذمة , بينما في التشريع الجزائري فإن المحضر القضائي لا يكتفي بتبليغ أمر الحجز , بل يقوم على الفور بحجز الأموال وجردها , حيث نصت المادة 669 ق.إ.م.إ : ( يبلغ أمر الحجز إلى الغير المحجوز لديه شخصيا إذا كان شخصا طبيعيا و إذا كان شخصا معنويا يبلغ إلى الممثل القانوني , مع تسليمه نسخة من أمر الحجز و التنويه بذلك في المحضر.

و يقوم المحضر القضائي على الفور بجرد الأموال المراد حجزها و تعيينها تعيينا دقيقا في محضر الحجز و الجرد , و يعين المحجوز لديه حارسا عليها و على ثمارها , إلا إذا فضل هذا الأخير تسليمها للمحضر القضائي فينوه في هذه الحالة عن ذلك في المحضر.

يجب أن ينوه في محضر الحجز على إعذار المحجوز لديه بعدم التخلي عن الأموال المحجوزة وعدم تسليمها إلى المدين أو غيره , إلا بصدور أمر محالف ) (1).

**و أما في مصر** فتنص المادة 328 مرافعات مصري : ( يحصل الحجز بدون حاجة إلى إعلان سابق إلى المدين بموجب ورقة من أوراق المحضرين تعلن إلى المحجوز لديه , و تشمل البيانات الآتية :

**1** – صورة الحكم أو السند الرسمي الذي يوقع الحجز بمقتضاه أو إذن القاضي بالحجز أو أمره بتقدير الدين.

**2** – بيان أصل المبلغ المحجوز من أجله و فوائده و المصاريف.

**3** – نهي المحجوز لديه على الوفاء بما في يده إلى المحجوز عليه أو تسليمه إياه مع تعيين المحجوز عليه تعيينا نافيا لكل جهالة .

**4** – تعيين موطن مختار للحاجز في البلدة التي بها مقر محكمة المواد الجزئية التابع لها موطن المحجوز لديه .

**5** – تكليف المحجوز لديه بالتقرير بما في ذمته خلال خمسة عشر يوما ).

**و أما في فرنسا** فقد نظم المشرع الفرنسي حجز ما للمدين لدى الغير في أول الأمر بموجب المادة 557 من قانون الإجراءات المدنية , والمادة 1/2092 من التقنين القضائي , أما حاليا فقد تولى القانون الصادر سنة 1991 تنظيم هذا النوع من الحجوز بموجب المادة – ل 13 و د 38 , و نشير في هذا الصدد أن المشرع الفرنسي قد ألغى حجز ما للمدين لدى الغير و استبدله بنوع جديد من الحجوز , و هي

---

(1) – أنظر إنتقادنا لهذا الإجراء في مطلع هذا المطلب .

"saisie – attribution", كما أنه إذا كان الحجز في مسكن المحجوز لديه , فإن المشرع الفرنسي يشترط إذنا من قاضي التنفيذ المختص محليا و هذا حماية لهذا الأخير [(1)].

و تبدأ إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير , كغيره من الحجوز بورقة من أوراق المحضرين يعلنها الحاجز عن طريق المحضر القضائي إلى المحجوز عليه , و تشمل هذه الورقة فضلا عن البيانات الواجب اشتمال أوراق المحضرين عليها و هي :

**1** – صورة من الحكم أو السند التنفيذي أو أمر القاضي بالحجز.
**2** – بيان أصل المبلغ المحجوز من أجله , و لا يغني عن هذا البيان بيان المبلغ المحكوم في السند التنفيذي , و الغرض من هذا أن يعلم المحجوز عليه عند إخطاره بالحجز , بالمطلوب منه فيوفي به ليرفع الحجز أو ينازع فيه إن كان هناك وجه للمنازعة .
**3** – نهي المحجوز لديه عن الوفاء بما في ذمته إلى المحجوز عليه إن كان دينا أو تسليمه ما في يده إن كان عينا , و هذا النهي هو الغرض المباشر من الحجز.
**4** – تكليف المحجوز لديه بالتقرير بما في ذمته , و ما يترتب عن ذلك من تقصير بهذا الواجب.

**ب** – يختلف تبليغ محضر الحجز و الجرد في حجز ما للمدين لدى الغير عن غيره من الحجوز , إذ يقتضي التبليغ في هذه الحالة مراعاة الترتيب و التسلسل , إذ يتم أولا تبليغ المحجوز لديه شخصيا إذا كان شخصا طبيعيا , و إلى ممثله القانوني إذا كان شخصا معنويا و هذا وفقا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 1/669 ق.إ.م.إ : ( يبلغ أمر الحجز إلى الغير المحجوز لديه شخصيا إذا كان شخصا طبيعيا و إذا كان شخصا معنويا يبلغ إلى الممثل القانوني , مع تسليمه نسخة من أمر الحجز و التنويه بذلك في المحضر) , و تقابل المادة 669 ق.إ.م.إ المادة 329 مرافعات مصري : ( إذا كان الحجز تحت يد محصلي الأموال العامة أو الأمناء عليها وجب أن يكون إعلانه لأشخاصهم ) أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة د / 103 الفقرة الأولى من القانون الصادر سنة 1991 , على أنه يجب تبليغ محضر الحجز إلى المدين المحجوز عليه خلال أجل أقصاه ثمانية أيام من تاريخ الحجز [(2)].

و بعد أن يتم تبليغ المحجوز لديه , يجب تحت طائلة بطلان إجراء الحجز تبليغ المحجوز عليه محضر الحجز و أمر الحجز , و ذلك وفقا للمادة 674 ق.إ.م.إ : ( يجب التبليغ الرسمي لمحضر الحجز إلى المدين المحجوز عليه خلال ثمانية أيام (8) التالية لإجراء الحجز , مرفقا بنسخة من أمر الحجز مع التنويه على ذلك في محضر التبليغ , و إلا كان الحجز قابلا للإبطال ) , و في التشريع

(1)- Pierre Julien – Gilles Taormina / op-cit / p 201 .
(2)- op-cit ,p 205 .
- et voir Claude Brenner ,op-cit ,p 94 .
- et Roger Perrot – Philippe Thery ,op-cit / p 528 .

المصري تنص المادة 232 مرافعات مصري : ( يكون إبلاغ الحجز إلى المحجوز عليه بنفس ورقة الحجز بعد إعلانها إلى المحجوز لديه مع تعيين موطن مختار للحاجز في البلدة التي بها مقر المحكمة الواقع بدائرتها موطن المحجوز عليه .

و يجب إبلاغ الحجز خلال الثمانية أيام لإعلانه إلى المحجوز لديه و إلا أعتبر الحجز كأن لم يكن ) , أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فيجب تبليغ الحجز إلى المحجوز عليه خلال أجل ثمانية أيام من توقيع الحجز , و إلا كان الحجز باطلا , و هذا ما نصت عليه المادة – د– فقرة 103 , من أنه يجب تبليغ محضر الحجز خلال ثمانية أيام من توقيع الحجز , و إلا كان الحجز باطلا , و يذهب الفقه و القضاء في فرنسا إلى القول بأن هذا البطلان هو بطلان موضوعي و ليس بطلان شكلي[1].

و إذا كان المحجوز عليه مقيما في الخارج , أوجب القانون الجزائري تبليغ محضر الحجز لشخصه أو إلى موطنه في الخارج , و ذلك حسب الأوضاع المقررة في ذلك البلد , حيث نصت المادة 670 ق.إ.م.إ : ( إذا كان المدين المحجوز عليه مقيما خارج الوطن وجب تبليغ أمر الحجز لشخصه أو موطنه في الخارج حسب الأوضاع المقررة في البلد الذي يقيم فيه ) , و هذا نفس الإجراء الذي نصت عليه المادة 330 مرافعات مصري حيث نصت على : ( إذا كان المحجوز عليه مقيما خارج الجمهورية وجب إعلان الحجز لشخصه أو في موطنه في الخارج بالأوضاع المقررة في البلد الذي يقيم فيه ) .

و عليه تظهر حكمة التبليغ أن يحاط المحجوز عليه علما بالحجز لعل لديه اعتراضات أو دفوع أو لعله يقدر خطورة ما وصل إليه أمر تعنته في عدم الوفاء الاختياري , فينهض به قبل أن يصل الأمر مداه و يباع ماله جبرا عنه [2].

---

(1) – نرى أن الجزاء المترتب عن عدم تبليغ المحجوز عليه يختلف بين التشريع الجزائري و التشريع المصري ، و التشريع الفرنسي حيث قرر التشريع المصري جزاء السقوط أي يعتبر الحجز كأن لم يكن ، أي لا ينتج أي أثر قانوني بينما قرر المشرع الجزائري و المشرع الفرنسي جزاء القابلية للبطلان ، و بالتالي يعتبر تبليغ المحجوز عليه إجراء ضروري قد يؤدي إلى بطلان الحجز ، ومنه نرى أن المشرع الجزائري و المشرع الفرنسي حسنا ما فعلا حينما قررا البطلان ، بينما نرى أن سقوط الإجراء في غير محله ، إذ يمكن للمحجوز عليه أن لا يعترض على عدم تبليغه و بالتالي فلن يطالب بالبطلان مثل ما هو منصوص عليه في التشريع الجزائري و التشريع الفرنسي ، بينما في التشريع المصري يسقط الحجز بغض النظر عن إرادة المحجوز عليه وهذا ما يجعل الإجراء غير منتج رغم تحقق الغاية منه ، و يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الجزاء الذي رتبه المشرع المصري – كأن لم يكن – هو في الحقيقة بطلان الحجز ، و هذا موقف الدكتور أحمد أبو الوفا و الدكتور فتحي والي بينما يرى الدكتور طلعت دويدار أن هذا الجزاء ليس ببطلان الحجز و لا سقوطه ، و إنما هو جزاء مستقل له ذاتية خاصة و نظام قانوني متميز .

– راجع في هذا الصدد د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 552 .

(2) – المرجع نفسه ، ص 548 .

## الفرع الثالث

## التصريح بما في الذمة و جلسة التخصيص

**أ- <u>واجب التصريح بما في الذمة</u> :** الأصل أن لا يرد الحجز إلا على مال معين من أموال المدين و لكن تيسيرا للحاجز في حجز ما للمدين لدى الغير , أجاز القانون الحجز تحت يد هذا الغير على مال في حيازته دون أن يثبت ملكيته للمدين على أنه بعد إجراء الحجز على مال معين يجب البحث عن وسيلة للتأكد من أن المحجوز لديه مدين للمحجوز عليه بالحق محل الحجز [(1)].

إن مقتضى إعمال مبدأ "البينة على من ادعى" أن يقع عبئ إثبات هذه العلاقة على عاتق الحاجز باعتبار ما يدعيه من وجود هذه العلاقة , و لما كان الدائن يعدم كل وسيلة لهذا الإثبات فإن تكليفه به يكون تكليف بمستحيل , فإنه يكون من الطبيعي أن يكلف المحجوز لديه بأن يكشف عن حقيقة علاقته بالمحجوز عليه و تقديم كافة المستندات المؤيدة لذلك .

إن حقيقة استقلال علاقة المحجوز لديه بالمحجوز عليه , عن علاقة الدائن الحاجز بالمحجوز عليه و بالتالي كان من المنطقي التعجيل بثبوت علاقة المديونية بين المحجوز لديه و المحجوز عليه حتى يتمكن الدائن من اقتضاء حقه , و لأجل هذا أوجب المشرع التصريح – التقرير- بما في الذمة على المحجوز عليه , و هذا الإلتزام ليس مرده ثبوت دين الحاجز في ذمة المحجوز عليه , و إنما التلازم بين ثبوت ذلك الدين لصاحبه و بين الوفاء به إليه , و لذلك لا يعفي المحجوز لديه من واجب التصريح – التقرير- بما في الذمة أن يكون وقت الحجز غير مدين للمحجوز عليه , أو اعتقد أنه غير مدين أو أن هناك نزاع على هذه المديونية أو على مقدارها , فعليه في كل الأحوال تقديم هذا التصريح , و لا يهم أن يكون هذا التصريح إيجابيا يثبت وجود المديونية بينه و بين المدين المحجوز عليه أو تقريرا سلبيا ينفي وجود هذه المديونية أصلا , فالمهم أن يقدم التصريح , و يحصل هذا الإجراء بأن يقوم المحجوز لديه بتقديم محرر مكتوب يسمى بالتصريح ( أو التقرير في القانون المصري , و قانون الإجراءات المدنية القديم ) , يذكر فيه مقدار الدين الذي في ذمته للمحجوز عليه و ما إذا كانت هذه الأموال قد وقع الحجز عليها من قبل تحت يده .

---

(1)- voir Claude Brenner , op-cit, 94 .
- et voir Pierre Julien – Gilles Taormina , op-cit, 205 .
- و راجع أيضا أ / أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 340 .

و لقد أوجب **المشرع الجزائري** على المحجوز لديه تقديم تصريح بما في الذمة , في أجل أقصاه (10) أيام من تاريخ التبليغ , و قد ميز المشرع الجزائري بين ما إذا كان المحجوز لديه شخص من أشخاص القانون العام كالدولة أو إحدى الجماعات المحلية و غيرها , و بين أشخاص القانون الخاص ففي الحالة الأولى وصف المشرع الجزائري الوثيقة التي تسلم للمحضر القضائي أو الدائن الحاجز بشهادة و هذا ما نصت عليه المادة 676 ق.إ.م.إ : ( إذا كانت للمدين أموال تحت يد الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو مؤسسة عمومية أو هيئة عمومية وطنية , و جب عليها أن تسلم للدائن الحاجز أو المحضر القضائي بناء على طلبه شهادة تثبت ما لديها من أموال للمدين المحجوز عليه ) , و يترتب على هذا الوصف أن الإخلال بهذا الإلتزام لا يستتبعه توقيع الجزاء المنصوص عليه في المادة 672 من نفس القانون , أما بالنسبة لوصف الوثيقة التي يحررها أشخاص القانون الخاص وصفها المشرع الجزائري بالتصريح و هذا طبقا لنص المادة 1/677 ق.إ.م.إ التي تنص على : ( يجب على المحجوز لديه أن يقدم تصريحا مكتوبا عن الأموال المحجوزة لديه , يسلمه إلى المحضر القضائي أو إلى الدائن الحاجز خلال أجل أقصاه ثمانية (8) أيام التالية من تبليغه الرسمي لأمر الحجز مرفقا بالمستندات المؤيدة له و يبين فيه جميع الحجوز الواقعة تحت يده إن وقعت , مرفقا نسخ منها ) ومنه يترتب على الإخلال بواجب التصريح بما في الذمة قيام المسؤولية المهنية و المدنية نتيجة للضرر الذي لحق بالدائن , و هذا ما نصت عليه المادة 679 ق.إ.م.إ : ( إذا لم يصرح المحجوز لديه بما عنده كما هو مبين في المادة 677 أعلاه , أو قدم تصريحا بغير الحقيقة أو أخفى الأوراق الواجب إيداعها لتأييد التصريح , جاز الحكم عليه بالمبلغ المحجوز من أجله لصالح الدائن الحاجز الذي حصل على سند تنفيذي , و ذلك بدعوى استعجالية [1].

**و عليه نرى أن المشرع الجزائري** يفرق بين حالة ما إذا أخل المحجوز لديه بواجب التصريح أو قام بتقديم تصريح بغير الحقيقة , أو قام عمدا بإخفاء الأوراق الواجب إيداعها لتأييد التصريح , ففي هذه الحالة يجوز الحكم عليه بالمبلغ المحجوز من أجله لصالح الدائن الحاجز , أما الحالة الثانية و هي حالة التقصير أو التأخير في تقديم التصريح , و في هذه الحالة يمكن الحكم عليه بالتعويضات المترتبة عن هذا التقصير و في كل الحالات يجب إلزام المحجوز لديه بالمصاريف القضائية [2].

و يتم هذا الأمر بموجب دعوى استعجالية , و نشير أن المشرع الجزائري لم ينص على الطرف الذي يرفع هذه الدعوى , ونحن نرى أن الدائن الحاجز هو من يختصم المحجوز لديه في هذه الدعوى.

---

(1) – للتفصيل أكثر راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 215 .

(2) – نشير أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية القديم لسنة 1966 قد جعل الاختصاص للقاضي الذي ينظر في الدعوى هو قاضي الموضوع ، و هذا وفقا لنص المادة 5/360 من قانون الإجراءات المدنية ، ونفس هذا الحكم قرره المشرع المصري في نص المادة 339 مرافعات مصري .

**و نجد أن المشرع المصري** قرر نفس الحكم , حيث نصت المادة 340 مرافعات مصري : ( إذا كان الحجز تحت يد إحدى المصالح الحكومية أو وحدات الإدارة المحلية أو الهيئات العامة أو المؤسسات العامة و الشركات و الجمعيات التابعة لها وجب عليها أن تعطي الحاجز بناءا على طلبه شهادة تقوم مقام التقرير ) .

كما نجد أن التشريع المصري يذهب إلى تقرير نفس الجزاء في حالة إخلال المحجوز لديه ( من غير المصالح الحكومية و ما شابهها ) , فبالرجوع لنص المادة 343 مرافعات مصري التي تنص على : ( إذا لم يقرر المحجوز لديه بما في ذمته على الوجه و في الميعاد المبين في المادة 339 , أو قرر غير الحقيقة أو أخفى الأوراق الواجب عليه إيداعها لتأييد التقرير جاز الحكم عليه للدائن الذي حصل على سند تنفيذي بالمبلغ المحجوز من أجله و ذلك بدعوى ترفع بالأوضاع المعتادة .
و يجب في جميع الأحوال إلزام المحجوز لديه بمصاريف الدعوى و التعويضات المترتبة على تقصيره أو تأخيره ).

**و أما في التشريع الفرنسي** فقد نصت المادة – ل الفقرة 44 , بإلزام المحجوز عليه بإعلام المحضر القضائي على الفور , وتسليمه تقرير بما في الذمة , و نشير أن محكمة النقض الفرنسية فرقت بين حالة ما إذا امتنع المحجوز عليه عن تقديم التقرير بما في الذمة أو قدم تقرير مخالف للحقيقة و بين تأخره عن القيام بذلك , ففي الحالة الأولى يجوز الحكم عليه بمبلغ أكبر من مبلغ الدين , مع إمكانية إلزامه بالتعويضات شريطة أن يكون المحجوز لديه مدين للمحجوز عليه وقت توقيع الحجز أما في الحالة الثانية أي حالة ما إذا تأخر عن التقرير بما في الذمة ففي هذه الحالة يجوز الحكم عليه فقط بالتعويضات (1).

**ب– <u>جلسة التخصيص</u> :** إن توقيع الحجز على ما للمدين لدى الغير , لا يؤدي إلى إلزام المحجوز لديه بالوفاء بمبلغ الدين إلى المحضر القضائي أو الدائن الحاجز فورا , بل لابد أن يأذن بهذا الأمر القضاء , حيث يجب التأكد أولا من صحة العلاقة بين المدين المحجوز عليه و الغير المحجوز لديه وبصحة التقرير الذي يقدمه هذا الأخير , و بالرجوع إلى نص المادة 1/684 ق.إ.م.إ التي تنص على ما يلي : ( عندما يباشر الحجز على أموال المدين لدى الغير بسند تنفيذي على مبلغ مالي أو دين يكلف الحاجز و المدين المحجوز عليه و الغير المحجوز لديه بالحضور أمام رئيس المحكمة في أجل أقصاه عشرة أيام (10) من تاريخ التبليغ الرسمي لأجل الفصل في المبلغ المالي المحجوز) .

---

(1) - civ.2, 05 juillet 2002, bull.civ, n° 132, et voire, civ2, 05 juillet.2000, bull civ.02, n° 114.
- voir Claude Brenner , op-cit , p 93,
- et voir Roger Perrot – Philippe Thery , op-cit , 528.

و مما يتضح من نص المادة السالفة الذكر , أن الحضور أمام رئيس المحكمة لا يعني رفع دعوى و إنما تكليف بالحضور لجلسة خاصة تسمى جلسة التخصيص , حيث ينظر فيها رئيس المحكمة في صحة إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير , و الوثائق التي قدمها المحجوز لديه لإثبات تصريحه ويصدر أمرا في هذا الشأن , و يتحدد الأمر الذي يصدره رئيس المحكمة بثلاث حالات و هما :

- **الحالة الأولى** : حالة ما إذا كان التصريح يؤكد وجود مبلغ الدين , ففي هذه الحالة يصدر رئيس المحكمة أمر بتخصيص المبلغ المالي في حدود أصل الدين , بالإضافة إلى المصاريف القضائية المترتبة على ذلك , و يأمر برفع الحجز عن ما زاد عن ذلك , و هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من نص المادة 684 ق.إ.م.إ : ( إذا كان تصريح المحجوز لديه يؤكد مبلغ الدين , أصدر رئيس المحكمة أمرا بتخصيص المبلغ المطلوب في حدود أصل الدين و المصاريف المترتبة على ذلك وأمر برفع الحجز عما زاد عن ذلك.

و إذا كان المبلغ المحجوز أقل من مبلغ الدين , بقي المدين المحجوز عليه ملزما بتكملة باقي المبلغ ) أما في حالة ما إذا كان المبلغ المحجوز و المصرح به من طرف المحجوز لديه أقل من مبلغ الدين فيأمر رئيس المحكمة في هذه الحالة بتخصيص المبلغ , و يبقى المحجوز عليه ملزم بتكملة باقي المبلغ [1].

- **الحالة الثانية** : حالة ما إذا لم يقدم المحجوز لديه تصريح بما في الذمة بعد التبليغ الرسمي , و إلى غاية حضور الأطراف إلى جلسة التخصيص , ففي هذه الحالة يصدر رئيس المحكمة أمرا بتخصيص المبلغ المحجوز من أجله من مال المحجوز لديه , و هذا بمثابة عقوبة له عن تقصيره بواجب فرضه عليه القانون , و لهذا الأخير حق الرجوع على المدين بما دفعه , و هذا ما نصت عليه الفقرة الخامسة من نص المادة 684 ق.إ.م.إ : ( إذا لم يقدم المحجوز لديه التصريح بما في ذمته , بعد التبليغ الرسمي و إلى غاية جلسة التخصيص , يلزم بدفع المبلغ المطلوب من ماله , و له حق الرجوع على المدين بما دفعه .

- **الحالة الثالثة** : قد يتصور أن المحجوز لديه ليس مدينا للمدين و لا حائزا لأموال هذا الأخير و منه يقدم تصريح بعدم وجود أموال , و في هذه الحالة لا يتصور أن يصدر رئيس أمر بتخصيص المبلغ

---

(1) – لم يوضح المشرع الجزائري طبيعة الأمر الذي يصره رئيس المحكمة ، هل هو أمر على ذيل عريضة و بالتالي يترتب على ذلك ما يترتب من اعتباره أمر على ذيل عريضة ، أم هو أمر استعجالي و بالتالي فهو حكم قضائي قابل للطعن فيه ، و عليه نرى أن الأمر الذي يصدره رئيس المحكمة في هذا الشأن هو أمر على عريضة .

المحجوز , بل يصرف الدائن إلى ما يراه مناسبا من إجراءات لتحصيل أمواله , و هذا وفقا لما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة السالفة الذكر حيث تنص على : ( إذا كان تصريح المحجوز لديه يؤكد عدم وجود مبلغ مالي للمدين , يصرف الدائن إلى ما يراه مناسبا ) .

**و أما في التشريع المصري** , فإن حجز ما للمدين لدى الغير ما زال قائما على المفاهيم السابقة لحجز ما للمدين لدى الغير , حيث يبدأ هذا الأخير تحفظيا ثم ينتهي تنفيذيا بعد رفع دعوى إثبات الحجز إذ في الغالب ألا يكون بيد الدائن سند تنفيذي بهذا المعنى , و هذه ميزة هذا الطريق من طرق التنفيذ فيبدأ تحفظيا كما سبق ذكره , و لكن لا يستطيع الدائن اقتضاء حقه إلا بالشروط و الكيفية التي نص عليها القانون [1].

و في حالة ما إذا تم الحجز بموجب سند تنفيذي , و بعد استكمال كافة الإجراءات , فعلى المحجوز لديه و بعد انقضاء مهلة خمسة عشر يوما من تقديم التقرير بما في الذمة , أن يدفع المبلغ الذي أقر به إلى الدائن الحاجز , و هذا ما نصت عليه المادة 344 مرافعات مصري : ( يجب على المحجوز لديه بعد خمسة عشر يوما من تاريخ تقريره أن يدفع إلى الحاجز المبلغ الذي أقر به أو ما يفي منه بحق الحاجز ) أما المادة 369 فنصت على : ( إذا انقضت خمسة عشر يوما من تاريخ التقرير بما في الذمة في حجز ما للمدين لدى الغير اختص الدائنون الحاجزون و من اعتبر طرفا في الإجراءات بحصيلة التنفيذ دون أي أجراء آخر ) [2].

و إذا تعدد الدائنون الحاجزون و لم يكف الدين المحجوز للوفاء بحقوقهم جميعا , فإن المحجوز لديه في هذه الحالة يودع المبلغ الذي في ذمته خزانة المحكمة ليوزع عليهم طبقا للمادة 671 مرافعات مصري [3].

**أما في التشريع الفرنسي** فإن وفاء المحجوز لديه يعد جزءا من الإجراءات , و من المفترض أن الحجز يؤدي فورا إلى الوفاء للحاجز , إلا أن الأمر ليس كذلك ما دام حق الاعتراض ما زال قائما و في حالة عدم تقديم اعتراض ،فإنه على الدائن انتظار مهلة شهر كي يحصل على أمواله , إلا في حالة ما إذا تنازل المحجوز عليه عن هذا الحق كتابيا ( د / المادة 61 ) , و بانقضاء مهلة شهر يمكن للحاجز أن يحصل على شهادة من كتابة الضبط أو المحضر القضائي الذي أجرى الحجز تثبت عدم وجود أي اعتراض , و في هذه الحالة يمكن للمحجوز عليه أن يقوم بالوفاء بما في ذمته أو حوزته إذا ما

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 613 .7

– و راجع أيضا د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 461 .

(2) – راجع د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 572 .

(3) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 619 .

أعلمه الدائن الحاجز و في المقابل يسلمه وصل استلام , و في حالة اعتراضه يمنح قاضي التنفيذ سند تنفيذيا للدائن الحاجز و يبقى حق الدائن قائما في مواجهة المدين المحجوز عليه وفي حالة تقصير الدائن الحاجز فيسقط حقه في تخصيص المبلغ المحجوز (1).

و عليه نرى أن هناك اختلاف في هذه الحالة , أي حالة تخصيص المبلغ المحجوز فبينما يذهب المشرع الجزائري إلى ضرورة حضور أطراف الحجز أمام رئيس المحكمة ليقرر في شأن مآل الحجز إما بتخصيص المبلغ المحجوز في حالة ما إذا كان التصريح إيجابيا , أو تحميل المحجوز لديه الوفاء بالمبلغ بسبب تقصيره , أو صرفه إلى ما يراه مناسبا , يذهب التشريع المصري إلى إمكانية المحجوز لديه الوفاء إلى الدائن الحاجز مباشرة , و في حالة تعددهم يودع المبلغ بخزانة المحكمة , أما التشريع الفرنسي فقد فضل التمهل حتى تمر مهلة شهر لتقديم الاعتراضات حتى يمكن يوفي المحجوز لديه بما في ذمته للحاجز و نرى أن التشريع الفرنسي أكثر مرونة و فعالية بالمقارنة مع التشريع الجزائري و التشريع المصري.

## المطلب الثالث

## آثار الحجز التنفيذي على المنقول

يترتب على قيام الالتزام وجوب تنفيذه , فذمة المدين لا تبرأ إلا بالتنفيذ , و إذا كان الأصل أن يبادر المدين طوعا و اختيارا لتنفيذ التزامه , و ذلك تطبيقا للمفهوم العام و الشامل لمبدأ وجوب تنفيذ الإلتزام بحسن نية , و تظهر ميزة التنفيذ الاختياري في أنه يتم في وقت وجيز , و يؤدي إلى الاقتصاد في المصاريف , و يشجع على الدخول في معاملات أخرى , و يحافظ على سمعة الطرفين معا في السوق إلا أنه قد يحصل أحيانا أن يمتنع أحد الأطراف عن الالتزام , و تبعا لذلك فقد أوجب المشرع مجموعة من الوسائل الكفيلة لاقتضاء الدائن لدينه .

و يتخذ الحجز التنفيذي أحد صور التنفيذ الفردي , إذ أن طالب التنفيذ إنما يهدف إلى استيفاء دينه من ثمن البيع , و هذا لا يمنع من مزاحمة باقي الدائنين له , إذ يحق لهم التدخل في الحجز على سبيل التعرض , و تبعا لذلك يصير من حقهم متابعة إجراءات التنفيذ متى تقاعس الحاجز الأول عن مواصلتها و في النهاية يشتركون جميعا في حصيلة التنفيذ , و في حالة عدم الكفاية يتقاسمون ناتج البيع عن طريق قسمة غرماء ما لم توجد أسباب قانونية للأولوية .

(1) - voir Claude Brenner , op-cit , p 94-95 .

و يتميز المال المحجوز بنظام قانوني خاص , يختلف عما كان عليه قبل الحجز , فإذا كان المال قبل حجزه يخول لصاحبه سلطات المالك على ملكه , فإن الأمر يختلف تماما عنه بعد الحجز , إذ يترتب على الحجز غل يد المدين رغم أن المال يبقى في حيازته , و لكن بالرغم من ذلك يمنع عليه التصرف في هذا المال , و إذا ما قام بذلك فإن هذا التصرف لا يكون نافذا في مواجهة الدائن الحاجز إلا إذا كان المتصرف له حسن النية , و بالإضافة إلى الحماية التي يقررها القانون للدائن , يضفي حماية جنائية على المال المحجوز إذ يشكل التصرف في هذا المال جريمة يعاقب عليها القانون .

و من ناحية أخرى لما كان الحجز إجراء غير مقصود لذاته , و إنما يعد مقدمة ضرورية و منطقية للبيع القضائي للمال المحجوز لتحويل قيمته المالية لمبلغ من النقود , يوزع على الدائنين الحاجزين استيفاء لحقوقهم جبرا عن المدين , و عليه يعتبر البيع القضائي آثرا هاما من آثار الحجز بل غاية الحجز لا تتحقق إلا من خلال البيع القضائي , و عليه سنحاول التطرق إلى آثار الحجز وذلك من خلال التطرق إلى الوصف القانوني الإجرائي الذي يلحق المال المحجوز , ثم سنتطرق إلى البيع القضائي **في الفروع الثلاثة التالية :**

## الفرع الأول

## الوصف القانوني الإجرائي للمال المحجوز

يضفي الحجز على المال المحجوز وصف إجرائي يخضع لمجموعة من القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليه باعتباره مالا محجوزا , و يبدأ هذا الوصف من تاريخ تحرير محضر الحجز و جرد المنقولات سواء في الحجز التنفيذي لدى المدين أو ما للمدين لدى الغير , في التشريع الجزائري أو من تاريخ تبليغ محضر الحجز إلى المحجوز عليه في حجز ما للمدين لدى الغير في كل من مصر و فرنسا.

و الحجز و مهما كان نوعه سواء كان حجزا تحفظيا أو حجزا تنفيذيا , و سواء كان على منقول أو عقار ترتب نفس الآثار , و على اعتبار أننا قد تطرقنا إلى بعض آثار الحجز بصدد تطرقنا إلى الحجز التحفظي , وحتى لا نقع في التكرار سنتطرق إلى الآثار التي لم نتطرق إليها أو تلك التي يتميز بها الحجز التنفيذي بخاصة .

**أ – قطع التقادم :** يعتبر الحجز كقاعدة عامة أحد الأسباب القاطعة للتقادم , فالحجز أيا كان طريقه أو نوعه سواء على المنقول أو العقار , و سواء أكان تحفظيا أو تنفيذيا يؤدي إلى قطع تقادم حق الدائن قبل مدينه , إلا أن الأمر يثير إشكالا في مجال حجز ما للمدين لدى الغير , و مثار للخلاف في هذا النوع من الحجز على اعتبار أننا نكون بصدد حقين , و في نفس الوقت بصدد إجراءين , فالحقان هما

حق الحاجز في ذمة المحجوز عليه , و حق المدين المحجوز عليه في ذمة الغير المحجوز لديه , فأي الحقين يقطع التقادم , أما الإجراءات فهما إعلان الحجز للمحجوز لديه , وإبلاغ الحجز للمدين المحجوز عليه , **فأيهما يقطع التقادم ؟**

و يذهب جانب من الفقه التقليدي إلى ربط تقادم كل حق بالإجراء المتعلق به , فتقادم حق الدائن الحاجز قبل مدينه لا ينقطع بمجرد إعلان الحجز إلى المحجوز لديه , بل يبدأ قطع التقادم من تاريخ إبلاغ الحجز إلى المدين , و نفس الحكم ينطبق على حق المدين المحجوز عليه في ذمة المحجوز لديه أما الرأي الثاني فيرى بالنسبة لقطع تقادم حق الدائن الحاجز , لا ينقطع بإجراء تبليغ الحجز إلى المدين المحجوز عليه , وإنما ينقطع بإعلان الحجز إلى المحجوز لديه , ذلك أن المادة 317 من القانون المدني الجزائري , والتي تقابلها المادة 383 مدني مصري ذكرت الحجز عموما دون تخصيص لنوع معين من الحجوز , وبالتالي فهي تسري على كل أنواع الحجوز , كما أنه لا يشترط في الإجراء أن يكون قاطعا في دلالته على إرادة الدائن الجازمة لاقتضاء حقه أيا كانت وجهة هذا الإجراء , بغض النظر عن الطرف الذي وجه إليه , و هذا ما يتحد في الحكم الوارد في نص المادة 317 مدني جزائري و المادة 383 مدني مصري بين الجمع بين المطالبة القضائية , و بين الحجز الذي يوجه إلى المدين أو غيره **(1)**.

**ب – <u>بقاء المال في ذمة المدين المحجوز عليه</u> :** يترتب على توقيع الحجز التنفيذي وضع المال المحجوز تحت حراسة شخص , و كما رأينا أن الحراسة ليست إجراءا لازما لكنه في بعض الحالات يكون ضروريا للحفاظ على المال المحجوز , كما أنه بحسب الحالات و الأوضاع يتحدد من يمكن تعيينه حارسا , لكن الغالب أن يتم تعيين المدين المحجوز عليه حارسا قضائيا , و علة ذلك أن الحجز لا يخرج المال المحجوز من ذمة المدين المحجوز عليه , فيبقى هذا الأخير مالكا له , إلا أن هذه الملكية تكون مقيدة فالرجوع إلى نص المادة 2/699 –3 ق.إ.م.إ : ( إذا كان الحارس مالكا لها أو صاحب حق انتفاع جاز له حق الاستعمال فيما خصصت له دون الاستغلال , و إذا بددها تعرض إلى العقوبة المقررة في قانون العقوبات للجرائم المتعلقة بالأموال المحجوزة.

وإذا كانت الحراسة على حيوانات أو أدوات أو آلات لازمة لاستغلال أرض أو مصنع أو مؤسسة أخرى أو غيرها , يمكن للحاجز أو المحجوز عليه أن يطلب من رئيس المحكمة استصدار أمر على عريضة يسمح للحارس باستغلال الأمـــوال إذا كان ذلك يحقق زيـــادة في قيمة الحجز ) , و نجد نفس الحكم في

---

(1) – من هذا الرأي الفقيه عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 1103 .
– و راجع أيضا د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 596 .

التشريع المصري إذ بالرجوع إلى نص المادة 328 مرافعات مصري إذ تنص : ( بأنه يجوز للحارس إذا كان هو مالكا للأشياء أن يستعملها فيما خصصت له ) .

و أما بالنسبة لسلطة الاستغلال , فالقاعدة العامة تقضي بعدم جواز استغلال الأشياء المحجوزة من قبل الحارس , سواء كان هو المالك أو غير المالك , إلا أنه بالنسبة للطرف الأول أي المالك يجوز له أن يستغل الأشياء المحجوزة بناءا على ترخيص من رئيس المحكمة , حيث يجب استصدار أمر على عريضة للقيام بذلك , و يجب أن يستند هذا الطلب على أسباب جدية بحيث يكون الغرض منها تحقيق الزيادة في قيمة الشيء المحجوز , وفي سبيل المحافظة أيضا على المال المحجوز يضل المدين – باعتباره مالكا – الصفة في اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية على هذا المال في مواجهة الغير,و تكون له نفس الصفة فيما يتعلق باتخاذ هذه الإجراءات في مواجهته [(1)].

وأما سلطة التصرف باعتبارها من أهم السلطات و أكثر خطورة على الدائن على اعتبار أن الحجز لا يخرج المال من ذمة المدين المحجوز عليه , و من ثم يمكن لهذا الأخير التصرف في أمواله ويكون هذا التصرف نافذا في مواجهة الدائن الحاجز , إذا تم التصرف في المنقول إلى المشتري حسن النية و قام هذا الأخير فعلا باستلام المنقول , فقاعدة الحيازة في المنقول بسند صحيح و بحسن نية سند للملكية , و بالتالي تؤدي إلى نفاذ التصرف في حق الحاجزين , و لو لم يكن ثابت التاريخ [(2)].

و لأجل هذا أحاط القانون هذه السلطة و هذا التصرف بمجموعة من الأحكام تقيد حق المدين المحجوز عليه على تصرف المدين في أمواله المحجوزة.

و تكييف هذا الجزاء يرتبط أساسا بالتكييف الصحيح للحجز ذاته , فتوقيع الحجز لا يعني سببا لانقضاء ملكية المدين , أو لنقص أهليته و لا مصدرا لحق عيني على المال , و إنما هو وصف إجرائي يلحق بالمال المحجوز عليه قصد حماية حقوق الحاجزين , و لأجل هذا قرر القانون جزاء عدم نفاذ التصرف القانوني , أي عدم اعتداد الدائن الحاجز بالأثر القانوني الذي يرتبه التصرف , و إنما تستمر إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين المحجوز عليه و بقوة القانون متجاهلا تماما هذا الأثر **وينتج عن هذا الحكم النتائج التالية [(3)]:**

– إذا انقضى الحجز لأي سبب كالبطلان أو باعتباره كأن لم يكن فإن التصرف ينفذ في مواجهة الجميع بأثر رجعي [(4)].

---

(1) – راجع د / محمد حامد فهمي ، المرجع السابق ، ص 232.

(2) – راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 392 .

(3) – تسري قاعدة عدم نفاذ التصرف القانوني على سائر تصرفات المدين المحجوز عليه سواء كان مدينا أو كفيلا أو حائزا للعقار , كما يستوي أن يكون التصرف بعوض أو تبرعا , منشأ لحق عيني أو ناقلا له أو مرتبا لحق عيني تبعي .

(4) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 411 .

إذا بيع المال المحجوز و استوفى الدائنون حقهم فإن الباقي من حصيلة التنفيذ يؤول إلى المتصرف إليه.

و إن توقيع هذا الجزاء إنما يكون في حدود الغرض منه , فإذا كانت القيمة الاقتصادية للتصرف في مصلحة الدائنين كأن كان صفقة مربحة تفي حقوقهم و زيادة , ولم يضر بهم فإن التصرف يكون نافذا(1).

## الفرع الثاني

## البيع القضائي

يعتبر البيع القضائي مرحلة أساسية من مراحل الحجز , ذلك أن غاية الحجز لا تتحقق في حالات كثيرة إلا من خلال بيع الأموال المحجوزة خاصة إذا كان الحجز يقع على أشياء من غير النقود و قد أولى القانون أهمية بالغة للبيع القضائي فخصه بأحكام و إجراءات تؤدي إلى تحقيق الغرض من الحجز.

**أ – التكييف القانوني للبيع القضائي الجبري :** بصدد تحديد التكييف القانوني للبيع القضائي اختلف الفقه في تحديد طبيعته القانونية , و عليه و قبل أن نستعرض إجراءات البيع القضائي سنحاول التطرق إلى التكييف القانوني للبيع القضائي .

و لا شك في عقد البيع الاختياري هو عقد رضائي يستند إلى مبدأ أساسي في نظرية العقد , و هو مبدأ سلطان الإرادة و ما يترتب عليه من نتائج , فالبرجوع إلى تعريف العقد بأنه توافق إرادتين , أي تطابق الإيجاب بالقبول , فهل يستقيم الأمر بصدد البيع القضائي , **فهل البيع القضائي هو عقد مثل باقي العقود أم له تكييف قانوني آخر؟**

و لقد اتجه جانب من الفقه إلى القول بأن البيع القضائي الجبري , هو عقد مثله مثل البيع الاختياري بينما ذهب جانب آخر إلى إنكار صفة العقد القضائي و اعتبر عمل من أعمال السلطة وعليه سنحاول استعراض هذه النظريات للوصول إلى تحديد التكييف القانوني لهذا البيع .

**1 – النظرية العقدية :** يرى جانب من الفقه التقليدي , أن البيع القضائي هو عقد , رغم أن رسو المزاد يكون بحكم فإن ذلك لا يغير من طبيعته , فهو يبقى دائما عقدا , فطرح المال للمزاد العلني يعد دعوة للتعاقد , أما الإيجاب فهو العطاء الذي يتقدم به الراغب في الشراء , و إرساء المزاد يعد قبولا للعقد

---

(1) – راجع د / عبد الرحمان الشواربي ، المرجع السابق ، ص 392-393 .

إلا أن الصعوبة في هذه النظرية تثور بالنسبة لتحديد إرادة البائع , طالما أن العقد يفترض وجود و تطابق إرادتين , و لاشك في أن مثل هذه البيوع تنعدم إرادة المدين البائع , طالما أن البيع يتم جبرا عنه , لذا حاول الفقهاء إيجاد تبرير لنظريتهم , فحاول البعض استخدام فكرة النيابة , حيث يرون أن الدائن المباشر للإجراءات أو الموظف القضائي حينما يقوم بذلك فهو يمثل المدين في عقد البيع (1).

و ذهب رأي آخر إلى القول بأن الدولة , تنزع من المدين سلطة التصرف في المال و تباشرها في البيع القضائي , أما رأي أخر فقد أقر بأن القضاء إنما يمارس سلطة عامة على مال المدين , ولكنه بهذا يبرم مع المشتري عقد من عقود القانون العام .

و رغم كل التبريرات التي تقدم بها أصحاب هذه النظرية , إلا أنهم لم يستطيعوا إيجاد تبرير جدي ومقنع لنظريتهم , و بالتالي لم يسلموا من عدة انتقادات نذكر منها (2):

– ينشأ العقد باتفاق بين إرادتين على نقل ملكية المبيع مقابل ثمن في عقد البيع الاختيار , و لاشك في أن هذا التوافق لا يتحقق , فالبيع يتم رغما عن إرادة المدين .

– تقتضي النيابة أن يتصرف النائب باسم و لمصلحة الأصيل , و منه لا تصلح النيابة , فالدائن يسعى لتحقيق مصلحته الشخصية , و يكون هذا على حساب المدين بل إضرارا به , وأما الموظف القضائي فهو لا يقوم بإيقاع البيع نيابة عن المدين بل يعمل لتحقيق القانون .

– إن تكييف عقد البيع الجبري بأنه من عقود القانون , هو تكييف غير صحيح , فالعقود الإدارية تبرمها الإدارة من أجل تسيير المرفق العام قصد تحقيق المصلحة العامة , بينما في البيع الجبري فإن الموظف العام يباشر سلطة عامة تحقيقا لمصلحة موضوعية و هي تحقيق الحماية القضائية .

**2 – <u>نظرية العمل القضائي</u> :** يرى الفقيه "رينو Raynaud " بصدد انتقاده لأنصار نظرية التكييف التعاقدي , أنهم يريدون أن يشرحوا بواسطة فكرة العقد كل النظام القانوني , و إذا وجب التزام الأفكار القانونية الصحيحة فإنه لا يمكن القول بأية صورة بأن البيع الجبري عقد , فهذا الأخير لا ينشأ إلا بتوافق إرادتين (3).

---

(1) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 203 .
– و راجع أيضا أ / أحمد خلاصي ، أنظر عرضه لنظرية كيفوندا ، المرجع السابق ، ص 422 .
(2) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 546 .
(3) – راجع أ / أحمد خلاصي ، نفس المرجع ، ص 426.

ولهذا يتجه فريق آخر إلى القول بأن البيع الجبري ليس عقدا , و إنما عمل قانوني من أعمال السلطة العامة يصدر من موظف أعطاه القانون هذه الصفة , وإذا كان عقد البيع عقد معاوضة,أي مبادلة مال بمال , فالمال الأول في البيع الجبري هو الأشياء المحجوزة , أما المال الثاني فهو الثمن أو حصيلة التنفيذ , و الوسيلة الفنية لتحقيق هذه الغاية هي العقد فهذا لا يمنع من أن يكون عملا من أعمال السلطة العامة , و يكون ذلك بقرار من طرف الموظف الذي يتولى عملية التنفيذ.

و القول بأن البيع القضائي هو عمل قانوني من أعمال السلطة , فهذا لا ينفي عنه صفة البيع و منه تجب التفرقة بين البيع كنظام قانوني , و بين الأدوات الفنية لتحقيق هذا النظام , فالأداة الفنية للبيع القضائي إذن هي عمل مركب من ناحية عطاء المشتري , و من ناحية أخرى قرار المحضر القضائي بإرساء المزاد , و نظرا لتتابعهما فإنهما يكونان عملا قانونيا واحد من طائفة الأعمال المركبة التتابعية , و يترتب على هذا التكييف أن البيع الجبري من حيث صحته و بطلانه لا يخضع لقواعد بطلان العقود و إنما لقواعد بطلان الأعمال الإجرائية [1].

**ب – <u>إجراءات البيع القضائي</u> :** يتم البيع القضائي من خلال اتخاذ جملة من الإجراءات للوصول إلى استيفاء الدائن لحقه , و تجب الإشارة أن البيع القضائي,لا يعقب الحجز في كل الحالات , فغاية البيع هي تحويل قيمة المنقول المادية إلى مبلغ من النقود , يحصل عليه الدائن و من ثمة إذا وقع الحجز على مبلغ من النقود فلا حاجة إذن للبيع القضائي [2].

و لقد أشرنا في بداية هذا الفرع أن البيع يتم باتخاذ جملة من الإجراءات , و منه سنحاول التطرق إلى هذه الإجراءات وفق ترتيبها .

**1 – <u>أجل البيع</u>** : لقد حدد المشرع الجزائري أجلين يجب مراعتهما لإجراء البيع , فالأجل الأول متعلق بالمدة التي يجب أن يتم خلالها البيع , فبالرجوع إلى نص المادة 1/703 ق.إ.م.إ : ( يكون الحجز و الإجراءات التالية له قابلين للإبطال , إذا لم يتم البيع خلال أجل ستة (06) أشهر إبتداء من تاريخ التبليغ الرسمـي للحجز إلى المحجوز عليه , ما لم يكن قد تم إيقاف البيع باتفاق الخصوم أو بحكم قضائي ).

---

(1) – منقول عن مرجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 494 .

(2) – نشير في هذا الصدد أن المحضر القضائي هو الذي يتولى عملية البيع الجبري في الجزائر، و يمكن لهذا الأخير أن يتخلى عن تلك الصلاحية لمحافظ البيع بالمزاد العلني ، حيث نصت المادة 705 ق.إ.م.إ.ج : ( يتم البيع بالمزاد العلني من طرف المحضر القضائي ، و يجوز أن يتخلى عنه إلى محافظ البيع ، و في هذه الحالة يتولى المحضر القضائي شخصيا تسليم أوراق التنفيذ ومحضر الجرد للأموال المحجوزة إلى محافظ البيع مقابل وصل إبراء ) ، و هي نفس الجهة التي تتولى القيام بهذه العملية في فرنسا ، أي المحضر القضائي ، أما في مصر فيتولى القيام بذلك معاون التنفيذ .

و عليه يجب أن يتم البيع القضائي خلال أجل ستة أشهر من تاريخ التبليغ الرسمي للحجز , ما لم يتفق الطرفان على إيقافه لسبب من الأسباب كأن ينتظر الفرصة السانحة لارتفاع الأسعار , أو غيرها من الأسباب , أو أن يتم الإيقاف بحكم قضائي يستصدره المدين , و نلاحظ في خصوص هذه الفقرة أن المشرع الجزائري أشار إلى إمكانية إيقاف البيع بحكم قضائي , و لم يشر إلى طبيعة هذا الحكم هل هو حكم صادر عن قاضي الموضوع , أم أمر استعجالي صادر القضاء الإستعجالي , و في رأيينا أن الحكم القضائي الذي أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 1/703 ق.إ.م.إ هو أمر استعجالي على اعتبار أن المدين في عجلة من أمره لإيقاف البيع , و أن الدائن بدوره يسعى إلى بيع الأشياء المحجوزة بأسرع وقت ممكن , و هذا لا يتأتى له إلا عن طريق القضاء المستعجل .

ولقد حدد المشرع الجزائري المدة القصوى لإجراء البيع في خلالها هي مدة ستة أشهر , و هي أكثر من المدة التي حددها المشرع المصري , و هي ثلاثة أشهر و يذهب جانب من الفقه في مصر أن الميعاد الحقيقي للبيع القضائي , هو ثلاثة أشهر و تسعة أيام , أما في فرنسا فلم يحدد المشرع الفرنسي المدة القصوى التي في خلالها يتم البيع القضائي , لكن هذا لا يعني أن يتماطل المحضر القضائي أو الدائن في اتخاذ الإجراءات , و في حالة حصول ذلك قد يتعرض لبعض الجزاءات [1].

أما الميعاد الثاني فقد حددته الفقرة الثانية من المادة 1/704 ق.م.إ.م.إ : ( تباع الأموال المحجوزة بالمزاد العلني , بعد إعادة جردها , إما بالتجزئة أو بالجملة , وفقا لمصلحة المدين .

و يجرى البيع بعد مضي مدة عشرة (10) أيام من تاريخ تسليم نسخة من محضر الحجز وتبليغه رسميا , إلا إذا اتفق الحاجز و المحجوز عليه على تحديد أجل آخر لا تزيد مدته القصوى على ثلاثة (03) أشهر .

و الغاية من العشرة أيام التي حددها المشرع الجزائري , هي تحقيق نتيجة من زاويتين , أولهما منع تأبيد الحجز ما دام الحجز ليس هو الغاية في حد ذاته , و إنما يلجأ إليه كوسيلة جبرية بغية تمكين الدائن من استرداد مبالغ الدين , و أما الثانية فتخص المهلة في حد ذاتها إد تمنح فرصة أخرى للمدين ليبادر إلى الوفاء تفاديا لوقوع البيع و هي في نفس الوقت مدة كافية للقيام بإجراءات النشر و الإعلان بما يحقق إعلام أكبر عدد ممكن من الراغبين في الشراء لتشتد المنافسة عند المزايدة , و بالتالي ترتفع حصيلة التنفيذ [2].

---

(1) – راجع د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 427 .

(2)- voir Serge Guinchard – Tony Moussa , op-cit , p 448 .

**و أما المشرع المصري** فقد حدد في هذا الشأن مدتين , و هما أن لا يتم البيع إلا بعد مضي ثمانية 8 أيام , حيث نصت المادة 376 مرافعات مصري : ( لا يجوز إجراء البيع إلا بعد مضي ثمانية أيام على الأقل من تاريخ تسليم محضر الحجز للمدين أو إعلانه به ) , أما المدة الثانية فنصت عليها نفس المادة بقـولها : ( و لا يجوز إجراؤه إلا بعد مضي يوم على الأقل من تاريخ إتمام إجراءات اللصق والنشر ) .

**و في فرنسا** فلا يجوز القيام بإجراءات البيع , و خاصة النشر إلا بعد مضي مدة شهر المخصص للقيام بالبيع الاختياري , و قد صدرت عدة أحكام عن القضاء الفرنسي تبطل إجراءات النشر و التي لم يحترم فيها المدة , كما يمكن للقاضي و من تلقاء نفسه إثارة الدفع بالبطلان في هذا الشأن [(1)].

و عليه يتشابه التشريع الجزائري مع التشريع المصري , إذ حدد الأول مهلة 10 أيام من تاريخ التبليغ أما الثاني فقد حدد مهلة 09 أيام من تاريخ التبليغ , و كلا التشريعين يختلفان عن التشريع الفرنسي الذي منح للمدين مهلة شهر للقيام بالبيع الاختياري , و في حالة عدم القيام بذلك يتم اللجوء إلى البيع الجبري و هذا الإجراء غير منصوص عليه في التشريع الجزائري و التشريع المصري ومنه نرى أن هذا الإجراء يحقق أكثر نفعا للمدين و حتى للدائن من خلال سعي المدين إلى بيع الأشياء المحجوزة بأعلى الأثمان مما يضمن لـه استيفاء حقه , عليه فنرى أنه كان من الأحسن على المشرع الجزائري أن يحذو حذو المشرع الفرنسي , و يمنح المدين فرصة أخرى للوفاء بديونه من خلال تخويله حق البيع الاختياري .

**2 – <u>إجراءات النشر و العلانية</u> :** يهدف من وراء النشر والعلانية تمكين علما أكثر عدد من الأفراد الدين يرغبون في التقدم للمزايدة , و بالتالي تشتد المنافسة و يزيد العطاء مما يحقق فائدة للدائن في استيفاء حقه و كذا فائدة للمدين من خلال بيع الأموال المحجوزة بأعلى الأثمان , و بالرجوع إلى نص المادة 707 ق.إ.م.إ التي تنص على :( ينشر إعلان البيع بكل وسائل النشر التي تتناسب وأهمية الأموال المحجوزة لاسيما في :

1 /– لوحة الإعلانات بالمحكمة التي وقع في دائرة اختصاصها الحجز .

2 /– لوحة الإعلانات بكل من البلدية و مركز البريد و قباضة الضرائب التي توجد في دائرة اختصاصها الأموال المحجوزة .

3 /– في جريدة يومية وطنية إذا كانت قيمة الأموال المحجوزة تتجاوز مائتي ألف دينار (200.000) دج .

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 199 .

-TGI-paris , 30 mars 1995 , rev.Huissiers. 1996. 727 note dahan / nancy, jex .29 janvier. 1993 d.1994 .somme, 343, obs, p. julien.

كما يجوز أن يعلق الإعلان في الساحات و الأماكن العمومية .
يثبت تعليق الإعلان حسب الحالة , بتأشيرة رئيس أمناء الضبط و رئيس المجلس الشعبي البلدي أو أحد الأعوان من الإدارات الأخرى , و يثبت النشر بنسخة من الجريدة ).

و عليه ينشر إعلان البيع بكل وسائل البيع بكل وسائل النشر التي تتناسب و أهمية الأموال المحجوزة , و يرجع تقدير هذه الوسيلة إلى المحضر القضائي القائم بعملية البيع , و منه قد يلجأ إلى وسائل نشر غير مكلفة و فعالة و بالتالي يتجنب اللجوء إلى وسائل إشهار مكلفة , و خاصة إذا كانت الأموال المحجوزة ذات قيمة مالية محدودة , هذا بالإضافة إلى الوسائل التي حددتها المادة 707 ق.إ.م.إ و هي طرق نشر جاء ذكرها على سبيل الحصر , أما فيما يخص الأماكن التي يتم فيها النشر , فقد حددها المشرع الجزائري , و هي لوحة إعلانات المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها الحجز , و لوحة إعلانات كل من البلدية و قباضة الضرائب و مركز البريد , و نشير أن هذا التعداد جاء على سبيل المثال لا الحصر و عليه يمكن أن يتم النشر في أماكن آخرى , و يثبت النشر عن طريق تأشيرة رئيس أمناء الضبط إذا كان النشر قد تم على لوحة إعلانات المحكمة , أو رئيس البلدية أو أحد معاونيه إذا كان النشر على مستوى البلدية , أو أحد أعوان الإدارة إذا تم النشر في المؤسسات السالفة الذكر أو نسخة من الجريدة [1].

**أما في مصر** فقد نص المشرع المصري على وسيلتين لإعلان الجمهور , و هما اللصق والنشر فبالرجوع إلى نص المادة 363 مرافعات مصري معدلة بالقانون 76 لسنة 2007 : ( يجب على معاون التنفيذ عقب إقفال محضر الحجز مباشرة أن يلصق على باب المكان الذي وجد به الأشياء المحجوزة و على باب العمدة أو الشيخ أو المقر الإداري التابع له المكان و في اللوحة المعدة لذلك بمحكمة المواد الجزئية إعلانات موقعا عليها , يبين فيها يوم البيع و ساعاته , و نوع الأشياء المحجوزة و وصفها بالإجمال , و يذكر حصول ذلك في محضر يلحق بمحضر الحجز , أما فيما يخص إجراء النشر فقد قرنه المشرع المصري بقيمة محددة و هي أن تزيد عن 10 ألاف جنيه , فقد نصت المادة 378 مرافعات مصري : ( إذا كانت قيمة الأشياء المطلوب بيعها بحسب ما هي مقدرة به في محضر الحجز تزيد على عشرة ألاف جنيه , وجب الإعلان عن البيع في إحدى الصحف اليومية المقررة لنشر الإعلانات القضائية و يذكر في الإعلان يوم البيع و ساعته و مكانه و نوع الأشياء المحجوزة و وصفها بالإجمال ) .

و هناك حالة أخرى نصت عليها المادة 380 مرافعات مصري معدلة بالقانون 18 لسنة 1999

---

(1) – نشير أن المشرع الجزائري لم ينص على وسائل الاتصال الحديثة كالانترنيت و غيرها من وسائل الاتصال ، و هي في اعتقادنا وسائل فعالة و ناجعة لإعلان الجمهور .

بنصها : ( يجب قبل بيع مصوغات أو سبائك من الذهب أو الفضة أو من أي معدن نفيس و بيع المجوهرات أو الأحجار الكريمة إذا زادت القيمة المقدرة لها على عشرين ألف جنيه أن يحصل النشر في الصحف أو غيرها من وسائل الإعلام ثلاث مرات في أيام مختلفة قبل يوم البيع ) , و أشارت المادة 382 مرافعات مصري : ( و يثبت النشر بتقديم نسخة من الصحيفة أو شهادة من جهة الإعلان ) (1).

**وأما المشرع الفرنسي** فقد نص على وسيلتين للإعلان , أولها إجبارية و الثانية اختيارية , فأما الإجبارية فيتم وجوبا لصق إعلانات على مستوى البلدية التي يقيم فيها المدين , و كذلك في المكان الذي يتم فيه البيع , و نشير إلى أن هذا اللصق لا يجب اللجوء إليه إلا بعد مرور مدة 45 يوم ( مهلة شهر تضاف إليها خمسة أيام ) , و هذا وفقا لنص المادة 108 من القانون الصادر في 09 جويلية 1991 أما الوسيلة الاختيارية فيتم الإعلان عبر الصحف لإعلام فئة متخصصة و مهتمة بمثل هذه البيوع و يتحمل تكاليف النشر الدائن الحاجز إلا إذا أثبت أن هذه الوسيلة للإعلان ضرورية و فعالة .

**3 – عملية البيع الجبري و رسو المزاد** : لقد أشرنا فيما سبق أن عملية البيع الجبري و توزيع الأموال المتحصل عليها , هي أخر الإجراءات في الحماية التنفيذية , و بالرجوع إلى نص المادة 2/704 ق.إ.م.إ حيث نصت على إجراء البيع خلال 10 أيام من تاريخ تسليم نسخة من الحجز ويتم البيع عن طريق المحضر القضائي , و يمكن لهذا الأخير أن يتنازل عن هذه المهمة لمحافظ البيع بالمزاد العلني ,حيث يتولى المحضر القضائي شخصيا تسليم أوراق التنفيذ , و محضر الحجز والجرد إلى محافظ البيع بالمزاد العلني مقابل وصل إبراء , على أن لا يتحمل الدائن المصاريف الإضافية , **و هنا يثور التساؤل عن الطرف الذي يتحمل هذه المصاريف , فهل هو المدين أم المحضر القضائي ؟**

و منه فالمادة 705 ق.إ.م.إ لا تعطي لنا إجابة عن هذا التساؤل , و نحن نرى أن هذه التكاليف يتحملها المحضر القضائي طالما أن القانون أسند له هذه المهمة و تخلى عنها طوعا لمحافظ البيع بالمزاد العلني , و بالتالي من غير العدل أن يتحمل المدين تبعات هذا التخلي , كما نرى أن المشرع الجزائري لم يوفق حسب رأينا في إسناد مهمة البيع إلى المحضر القضائي بوجود محافظ البيع بالمزاد العلني (2).

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 482–483 .

(2) – و تأييدا لموقفنا أنظر تدخل السيد النائب نور الدين مناع أثناء مناقشة مشروع ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أمام الغرفة السفلى للبرلمان : { أما عن مشروع القانون الذي بين أيدينا فإننا على العموم نثمنه لأنه جاء خدمة الصالح العام ، إلا أن هناك ملاحظة تخص القسم السادس المتعلق بإجراءات بيع المنقولات المحجوزة و المادة 702 التي ذكرها زميلي من قبل و التي=

و هذا خلافا للمشرع الفرنسي الذي أسند مهمة البيع إلى محافظ البيع , و هذا وفقا لنص المادة 2/110 من القانون الصادر في 09 جويلية 1991 أما المشرع المصري فقد أوكل هذه المهمة إلى معاون التنفيذ (1).

و تتم عملية البيع عن طريق المزايدة , و تحقق هذه الطريقة هدفين , أولهما اقتصادي قوامه المنافسة بين المتزايدين , و بالتالي تؤدي إلى زيادة حصيلة التنفيذ مما يحقق فائدة على الدائنين , وحتى المدين يستفيد من هذه الوسيلة , إذ تباع أمواله بأعلى الأثمان فيسدد بذلك ديونه , و قد تتبقى أموال ترد إليه أما الهدف الثاني ففي المزايدة تكون الإجراءات علنية مما يسهل مراقبة صحة الإجراءات .

و يتم البيع في المكان الذي توجد فيه الأموال المحجوزة أو في أقرب مكان عمومي أو في محل مخصص لذلك , حيث نصت المادة 1/706 ق.إ.م.إ : ( يجري البيع في المكان الذي توجد فيه الأموال المحجوزة أو في أقرب مكان عمومي أو في محل مخصص لذلك , و يجوز أن يجري البيع في مكان آخر بأمر على عريضة إذا كان يضمن أحسن عرض ) , و هذا بعد أن يقوم المحضر القضائي بإعادة جرد الأموال المحجوزة و تحرير محضر بذلك , و الغرض من هذا الإجراء هو تبيان ما يكون قد نقص من الأشياء المحجوزة , و الجرد يتم بالمقارنة بين نتيجة حصر الأشياء الموجودة فعلا على الطبيعة عند البيع , و بين ما تم ذكره في محضر الحجز الأول أو محضر الجرد عند تدخل الدائنين الآخرين , فإن وجدت الأشياء مطابقة أعفى الحارس من مسؤوليته , و إن وجد بها نقص ثارت مسؤوليته , و هذا ما نصت عليه المادة 1/708 ق.إ.م.إ : ( لا يجري البيع بالمزاد العلني , إلا بعد إعادة جرد الأموال المحجوزة و تحرير محضر بذلك يبين فيه المحضر القضائي أو محافظ البيع ما يكون قد نقص منها ).

و تجري المزايدة بحضور أربعة مزايدين كحد أدنى و إلا أجل البيع إلى تاريخ لاحق , و هذا الشرط نصت عليه المادة 708 الفقرة الثانية بقولها : ( و لا يجري البيع إلا إذا حضر عدد من المزايدين يزيد عن ثلاثة –3–أشخاص , و إلا أجل البيع إلى تاريخ لاحق ), و للمحضر القضائي أن يحدد طريقة البيع

---

= يلاحظ من خلالها التهميش الكبير لدور محافظ البيع بالمزاد العلني ، حيث أن هذا المحافظ هو ضابط عمومي كما هو معروف وعون من أعوان القضاء معتمد من وزير العدل حافظ الأختام ، و تتجلى معونته للقضاء في بيع الأموال المحجوزة فقط وهو الرابط القانوني كونه ينتمي إلى أعوان القضاء ، و بهذه الصفة يجب أن تصاغ المادة 705 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بما يكفل إثبات هذه الصفة له ، أي أن إعطاء الصلاحية للمحضر القضائي في بيع المحجوزات كما ورد في المادة هو إنقاص و إفقار لدور محافظ البيع بالمزايدة ، و عليه ينبغي للمحضر القضائي بعد انتهائه من عملية الحجز أن يحيل ملف الحجز إلى محافظ البيع لإجراء عملية البيع بالمزاد العلني ، أي استبدال كلمة " يجوز" بكلمة "يحول" . إلا أن هذا المقترح لم يؤخذ به – منقول حرفيا من مرجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 197 .

(1)-voir Serge Guinchard – Tony Moussa , op-cit , p 450 .

– و راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 477 .

بالمزاد العلني فإما أن يقرر بيع الأشياء بالجملة أو التجزئة , حيث نصت المادة 704 ق.إ.م.إ : ( تباع الأموال المحجوزة بالمزاد العلني , بعد إعادة جردها , إما بالتجزئة أو بالجملة وفقا لمصلحة المدين ) و هذا يتحدد وفقا لمصلحة المدين , و يشرع المحضر القضائي أو محافظ البيع بالمزاد العلني في عملية البيع , و يرسو المزاد لمن تقدم بأعلى عرض , بعد المناداة ثلاث مرات متتالية يفصل كل منها مدة دقيقة على الأقل و هذا وفقا لما نصت عليه المادة 1/715 : ( يثبت رسو المزاد بمحضر البيع بالمزاد العلني لمن تقدم بأعلى عرض بعد المناداة ثلاث (3) مرات متتالية يفصل بين كل منها مدة دقيقة على الأقل ) و في حالة ما إذا نتج عن بيع جزء من الأموال المحجوزة مبلغ كاف للوفاء بالديون المحجوزة من أجلها بالإضافة إلى المصاريف القضائية , يتوقف القائم بالبيع عن بيع باقي الأشياء المحجوزة , و يرفع الحجز عنها بقوة القانون , و العبرة من البيع هو الوفاء للدائن الحاجز و ليس تجريد المدين من ممتلكاته بغير مبرر , و لا تسلم الأشياء المبيعة إلى المشتري إلا بعد أن يدفع الثمن و في حالة تخلفه أو رفضه دفع الثمن , تعاد عملية البيع و يترتب على ذلك , أن عملية البيع تتم على نفقته , و أن يتم البيع بأي ثمن و يلزم بفرق الثمن بين العرض الثاني و عرضه في حالة ما إذا كان العرض الثاني أقل , و بالمقابل ليس له الحق في طلب الزيادة في الثمن إذا بيع بثمن أعلى [1].

و في حالة ما إذا كانت الأشياء المبيعة ذات قيمة مالية كبيرة , كأن تكون مصوغات أو سبائك من الذهب و الفضة , و غيرها من الحلي و الأحجار الكريمة و المعادن النفيسة , فإن البيع لا يكون بثمن أقل من القيمة الحقيقية التي حددت بموجب تقدير الخبرة , و في حالة ما إذا لم يتقدم بعطاء بالقيمة المقدرة و لم يقبل الدائن استيفاء دينه منها عينا بهذه القيمة , يؤجل البيع لمدة خمسة عشر يوما (15) مع إعادة الإعلان و بشكل أوسع من المرة الأولى حتى يتمكن أكبر عدد ممكن علما بهذا البيع وفي هذه الحالة لا يتقيد المحضر القضائي بالثمن المقدر في الخبرة , بل يرسو المزاد لمن يقدم أعلى عرض و بأي ثمن , وهذا ما نصت عليه المادة 709 ق.إ.م.إ.ج بقولها : (لا يجوز بيع المصوغات أو السبائك من الذهب , أو الحلي , أو الأحجار الكريمة , أو المعادن النفيسة الأخرى بثمن أقل من قيمتها الحقيقية حسب تقدير الخبرة [2].

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 205 .

(2) – نرى أن هذه الحالة تشكل خطرا حقيقا على المدين , إذ يمكن أن تباع أمواله و هي ذات قيمة مالية كبيرة ، بثمن أقل من قيمتها الحقيقية ، بسبب من الأسباب ، ولعل الظاهر في نص المادة يشير إلى عدم تقديم عطاء بالقيمة المقدرة بالخبرة ، إلا أننا نرى أنه يمكن أن يتفق لأشخاص و خاصة محترفي البيع و يتقنصوا هذه الفرصة لشراء هذه الأشياء بقيمة منخفضة ، و عليه نرى أنه كان على المشرع أن يحدد حد أدنى من العطاء و إلا تم تأجيل البيع لمرة ثالثة ، و في هذا حماية للمدين أولا و حتى الدائن يستفيد من هذه الحماية .

و إذا لم يتقدم أحد لشرائها بالقيمة المقدرة لها و يقبل الدائن استيفاء دينه منها عينا بهذه القيمة أجل البيع إلى تاريخ آخر مع إعادة نشر الإعلان عن البيع و التعليق بشكل أوسع , و في هذه الحالة تباع لمن يقدم أعلى عرض لو بثمن أقل مما قدرت به ) .

و نشير أنه في حالة ما إذا تم الحجز , و تدخل حاجز آخر أو حاجزين آخرين , و في حالة تقاعس الحاجز الأول عن اتخاذ إجراءات البيع , جاز لمن يهمه التعجيل أن يطلب من المحضر القضائي إجراء البيع بعد أن يقوم بإجراءات النشر و الإعلان , و في هذه الحالة يتم إخطار المحجوز عليه و بقية الحاجزين بتاريخ و ساعة و مكان البيع , و بالنسبة لاستيفاء الدائن الحاجز فإنه لا إشكال في حالة ما إذا كان هو الحاجز الوحيد , أما في حالة تعدد الدائنين الحاجزين , و خاصة حالة ما إذا كان مقدار الحاجز الثاني يتجاوز مقدار الحاجز الأول , و في هذه الحالة هناك فرضيتين وهما [1]:

**1 – الفرضية الأولى** : إذا لم تكن الأموال المحجوزة قد بيعت و في هذه الحالة يجري توحيد الحجزين على المحضر القضائي , أو محافظ البيع بالمزاد العلني إذا تولى عملية البيع أن لا يتوقف عن البيع حتى سداد المبلغ الإجمالي للحجزين .

**2 – الفرضية الثانية** : أما في حالة ما إذا كانت الأموال المحجوزة قد تم بيعها , فإن الحجز الثاني يعتبر بمثابة اعتراض على المتحصل من البيع , و يترتب عليه إجراء التوزيع بين الدائنين كل بنسبة دينه و هذا ما نصت عليه المادة 711 ق.إ.م.إ : ( إذا كان الطلب الثاني للحجز يتجاوز في مقداره الحجز الأول يجري توحيد الحجزين , إلا إذا كانت الأموال المحجوزة في الحجز الأول قد بيعت وفي هذه الحالة يعتبر الحجز الثاني بمثابة اعتراض على المتحصل من البيع , و يترتب عليه إجراء التوزيع بين الدائنين كل بنسبة دينه ) .

و في الأخير يعتبر محضر البيع برسو المزاد , سندا تنفيذيا , و يجب على المحضر القضائي أو محافظ البيع بالمزاد العلني أن يستوفي الثمن فورا على من رسى عليه , و في الأجل المحدد في شروط البيع , و في حالة عدم حصول ذلك , يجب على القائم بالبيع أن يبادر إلى إعادة البيع في أجل خمسة عشر يوم من تاريخ البيع الأول , و إذا لم يقم من أشرف على عملية البيع بذلك فإنه يكون ملزما بالثمن , و بالتالي يمكن التنفيذ عليه طالما أن محضر البيع هو سند تنفيذي تجاه من أشرف على البيع و يعتبر هذا جزاء على تقصيره بما هو واجب عليه فعله بمقتضى القانون وهذا ما نصت عليه المادة 2/714 : ( يكون المحضر القضائي أو محافظ البيع ملزما بالثمن , إذا لم يستوفه من الراسي عليه المزاد فورا أو في الأجل المحدد في شروط البيع , و لم يبادر إلى إعادة البيع خلال أجل خمسة عشر (15)

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، مرجع سابق ، ص 204 .

يوما من تاريخ البيع ) و على الدائن الحاجز أن يرجع على المحضر القضائي أو محافظ البيع إذا تولى عملية البيع بمبلغ الدين , و فيما يخص الأشياء المحجوزة لم ينص المشرع الجزائري على مآلها و في رأينا أن المحضر القضائي يتولى إعادة البيع على نفقة الراسي عليه المزاد المتخلف عن دفع الثمن .

**و في مصر** نلاحظ أن هناك تطابق كبير بين أحكام البيع الجبري في التشريع الجزائري والتشريع المصري حيث أن البيع لا يتم إلا بناءا على طلب الدائن الحاجز , و يجب أن يتم البيع إلا بعد مضي ثمانية أيام على الأقل من تاريخ تسليم صور من محضر الحجز إلى المدين , و هذا ما نصت عليه المادة 372 مرافعات مصري , كما يجب أن يتم البيع كذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ توقيع الحجز و إلا أعتبر الحجز كأن لم يكن , إلا إذا اتفق الخصوم أو صدر حكم يقضي بتأجيل البيع أو كان التأجيل بمقتضى نص قانوني , كما لا نغفل ذكر أن المشرع المصري قد نص على ضرورة القيام الإعلام من خلال اللصق و النشر و هذا وفقا للمادة 323 معدلة بالقانون 76 لسنة 2007 والمادة 380 مرافعات مصري معدلة بالقانون 18 لسنة 1999 , أما فيما يخص إجراءات المزايدة فيجب على معاون التنفيذ القائم بالبيع أن يقوم بجرد الأشياء المحجوزة حتى يمكنه المقارنة بما هو مدون في محضر الحجز و الجرد الأول , منه أما أن تقام المسؤولية الجزائية للحارس القضائي إذا ما تبين نقص أو إتلاف للأشياء المحجوزة , أو أن يعفى في حالة المطابقة و هذا ما نصت عليه المادة 384 مرافعات مصري و نشير في شأن بيع الأشياء الثمينة أن التشريع المصري يتشابه و يتطابق مع التشريع الجزائري في هذا الشأن حيث نصت المادة 385 مرافعات مصري على : ( لا يجوز بيع مصوغات أو سبائك من الذهب أو الفضة بثمن أقل من قيمتها الذاتية بحسب تقدير أهل الخبرة [1].

فإذا لم يتقدم أحد لشرائها حفظت في خزانة المحكمة , كما تحفظ النقود ليوفى منها عينا دين الحاجز و ديون غيره من الدائنين ), و أضافت المادة 386 من نفس القانون على : ( إذا لم يتقدم أحد لشراء الحلي و المجوهرات و الأحجار الكريمة و الأشياء المقومة امتد أجل بيعها إلى اليوم التالي إذا لم يكن يوم عطلة , فإذا لم يتقدم مشتر بالقيمة المقدرة أجل البيع إلى يوم آخر و أعيد النشر واللصق وعندئذ تباع لمن يرسو عليه المزاد و لو بثمن أقل مما قومته به ) , و نجد أن هذا الحكم نفسه ما نصت عليه المادة 709 ق.إ.م.إ .

**و أما في فرنسا** فإن الأمر يختلف عن التشريع الجزائري و التشريع المصري , حيث أن التشريع الفرنسي يمنح فرصة أخرى للمدين لأن يتدبر أمره , و يقوم ببيع أمواله المحجوزة , و هذا ما لم يتضمنه

---

(1) - راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 432 .

- و راجع أيضا د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 480-483.

التشريع الجزائري و التشريع المصري , و في رأيينا أن هذا النص على هذا الإجراء فيه فائدة كبيرة للمدين إذ أنه هو الأقدر و الأحرص على أن يبيع أمواله بأحسن الأثمان مما يسمح له الوفاء بديونه , و ربما يتبقى له مبلغ مالي يتدبر به أحواله , وهذا عكس ما إذا بيعت جبرا عنه فلربما قد لا يصل البيع إلى غايته و هي الوفاء بديونه أو على الأقل الوفاء بديونه دون أن يبقى له شيئا وكما رأيينا في بيع الأشياء الثمينة في التشريع الجزائري و التشريع المصري فقد تباع هذه الأخيرة بثمن أقل من قيمتها الحقيقية و في هذا خطر حقيقي على المدين , و منه نرى أن المشرع الفرنسي حسنا ما فعل لما منح المدين هذا الخيار وفق شروط و إجراءات و آجال محددة , لأنه لا يمكن تصور أن يمنح المدين هذا الحق دون قيد لأنه في هذه الحالة فلن يبادر أبدا إلى بيع الأشياء المنقولة (1).

ولقد أشرنا أن المشرع الفرنسي قد منح المدين فرصة بيع أمواله المحجوزة بيعا إراديا , حيث منحه أجل شهر للقيام بذلك , و في حالة تقاعسه أو امتناعه عن ذلك فإنه يصار إلى بيع أمواله المحجوزة جبرا عنه و هذا ما تضمنه المواد د /107 إلى 109 و د/232 , و على المدين أن يتقيد بأربعة خطوات يجب عليه احترامها هي :

- **<u>الخطوة الأولى</u>** : على المدين أن يبلغ المحضر القضائي باقتراحات الشراء التي عرضت عليه وعليه أن يعلم المحضر القضائي باسم الشخص الراغب في الشراء و عنوانه , و الأجل الذي حدده هذا الأخير للوفاء بالثمن , و هذا ما نصت عليه المادة د /108 من القانون الفرنسي .

- **<u>الخطوة الثانية</u>** : على المحضر القضائي أن يعلم الدائن الحاجز , و الدائنين المعترضين بهذه الاقتراحات عن طريق رسالة مضمنة مع الإشعار بالوصول (2).

- **<u>الخطوة الثالثة</u>** : يجب على كل دائن بعد أن يعلم بالاقتراحات , و خلال أجل خمسة عشر يوم من تاريخ استلامه الرسالة المضمنة أن يعلم الدائن الحاجز بطبيعة دينه و مبلغ الدين , و هذا وفقا د- 232 الفقرة الثانية و المادة د- 108 الفقرة الثالثة , و في حالة عدم القيام بذلك فإن الدائن المتخلف يفقد حقه في حالة تقسيم المبلغ إلا في حالة ما إذا بقي بعد الوفاء للدائن الحاجز .

- **<u>الخطوة الرابعة</u>** : يجب على المشتري أن يودع الثمن لدى المحضر القضائي في الأجل المتفق عليه و عليه لا يمكن نقل الملكية و تسليم الأشياء إلا بعد إيداع الثمن , و في حالة عدم القيام بذلك في الوقت المحدد و هذا وفقا لنص المادة د / 109 الفقرة الأولى.

---

(1) - راجع في هذا الشأن انتقادنا لهذا الإجراء في الهامش صفحة 277 .

(2) – voir Pierre Julien –Gilles Taormina , op-cit , p 210-211 .
- et voir Emmanuel blanc , op-cit , p 219 .
-et Roger Perrot – Philippe Thery , op-cit , p 531 -532 .

و في حالة إذا لم يتم تقديم أي اقتراح , أو منع قاضي التنفيذ البيع الاختياري , أو أن المشتري لم يودع المبلغ المقترح لدى المحضر القاضي , فإنه يتم اللجوء إلى البيع الجبري للأموال المحجوزة و هذا بعد انقضاء أجل شهر الممنوح للمدين , يضاف إليها مهلة 15 يوم الممنوح للدائنين ليحددوا طبيعة ديونهم و قيمة هذا الدين .

و يتم البيع الجبري للأشياء المحجوزة في المكان الموجود فيه الأشياء المحجوزة ,أو في قاعة مخصصة للبيوع , أو في السوق العمومي بحيث يمكن التنافس بين المزايدين,و يتم البيع من طرف محافظ البيع بالمزاد العلني , و هذا وفقا للأمر الصادر في 26 جوان 1816 والذي بموجبه انشأ مهنة محافظ البيع بالمزاد العلني , و يتم بالبيع الجبري بعد القيام بعملية الإعلام , و ذلك من خلال لصق لافتات في مقر البلدية تحدد فيه مكان البيع و ساعاته , و بالإضافة إلى عملية اللصق يتم الإعلام عن طريق الصحافة و هذه الإجراءات يتخذها المحضر القضائي , و في حالة عدم القيام بعملية النشر فإن هذا لا يؤدي إلى بطلان البيع , و لكن بالمقابل يمكن للمدين أن يطالب بالتعويض من المحضر القضائي أو الدائن الحاجز في حالة ما إذا أثبت أن ثمن البيع أقل من قيمة الأشياء المحجوزة (1).

و قبل أن يشرع في عملية البيع يجب على الشخص المكلف بعملية البيع أن يقوم بجرد الأشياء حتى يتحقق من مطابقة هذه الأشياء بمحضر الحجز و الجرد , و كذلك الصور التي أخذها المحضر القضائي و في حالة نقصها أو إتلافها تقام المسؤولية الجزائية للحارس القضائي , و يشرع المكلف بالبيع في عملية البيع , و يرسو المزاد لمن قدم أعلى عرض بعد المناداة ثلاث مرات , و على الراسي عليه المزاد أن يدفع الثمن فورا و نقدا , و في حالة عدم الدفع يتم إعادة البيع مرة ثانية على الراسي عليه المزاد المتخلف عن دفع الثمن , و يتحمل هذا الأخير فارق الثمن إذا كان العطاء الثاني أقل من الأول , و في الأخير يتوقف البيع إذا تم تحصيل مبلغ الدين لكل الدائنين بالإضافة إلى المصاريف والفوائد و يحرر على إثره محافظ البيع محضر رسو المزاد يحدد فيه الأشياء المحجوزة , و مبلغ رسو المزاد واسم و لقب من رسى عليه المزاد .

و في الأخير نرى أن هناك تشابه كبير بين التشريعات الثلاث , فيما يخص إجراءات البيع من حيث الإعلان و سير عملية البيع , إلا أن الاختلاف بين التشريع الجزائري و التشريع المصري الفرنسي يكمن في البيع الاختياري , إذ يخلو التشريع الجزائري و التشريع المصري من هذا الإجراء والاختلاف الثاني فيما يخص الشخص القائم بعمليـة البيع , ففـي التشريع الجزائري هو من اختصاص المحضر القضائي

---

(1) – نشير أنه يمكن لأشخاص آخرين لهم صفة الضابط العمومي القيام بعملية البيع الجبري ، و هؤلاء هم الموثق و المحضر القضائي , كتاب ضبط المحاكم التجارية و محاكم الاختصاص الكبير ، فهؤلاء لهم الاختصاص الحصري لبيع الأشياء بالجملة شريطة أن تكون نتيجة عمليات تجارية .

و يمكن أن يتنازل عنه إلى محافظ البيع بالمزاد العلني , أما التشريع المصري فيسند هذه المهمة إلى معاون التنفيذ , أمـا التشريع الفرنسي فيسند هذه المهمة إلى محافظ البيع بالمزاد العلني , مع إمكانية إسنـــاد هذه المهمة إلـــى أشخاص آخرين وفـق شروط يحددها القـانون , و عليه نرى أن التشريع الفرنسي و بالمقارنة مع التشريع الجزائري و التشريع المصري , هو أكثر تنظيما و نجاعة ليحقق البيع غايته و منه نرى أنه كان على المشرع الجزائري أن يولي أهمية أكثر لعملية البيع باعتبارها آخر مرحلة من مراحل التنفيذ و من الضروري أن تكون هذه المرحلة أكثر نجاعة .

## الفرع الثالث

## دعوى الاسترداد

إن من شروط الحجز أن يكون المال المحجوز عليه مملوكا من طرف المدين , لكن قد يحدث أن لا يكون الأمر كذلك لسبب من الأسباب , هذا ما يترتب عليه إمكانية الاعتراض على البيع , و منه تتنوع أسباب الاعتراض كأن يعترض المدين على الحجز لسبب يتعلق بالشكل , كبطلان محضر الحجز أو لسبب يتعلق بموضوع الحق المراد التنفيذ اقتضاءا له , كسقوطه بالتقادم , أو أن يكون الحجز منصب على منقولات لا يملكها المدين , بسبب أنه باعها قبل الحجز و لم يسلمه إلى المشتري أو قد تكون المنقولات المحجوز عليها بالفعل مملوكة للغير,و يكون المدين حائزا لها لمجرد كونه مستأجر أو مستعيرا أو منتفعا أو مودعا عنده , و المحضر القضائي عند قيامه بعملية الحجز , لا يطلب من الدائن إثبات ملكية المدين لهذه الأشياء , و إنما يطلب من الدائن إرشاده إلى أماكن تواجد هذه المنقولات و المحضر القضائي يستند في عملية الحجز على الوضع الظاهر وظاهر الحال يدل على أن المدين يمتلك هذه الأشياء , و مع ذلك فإن الحقيقة شيئا آخر حيث أن هذه الأموال هي ملك للغير , منه ينشأ حق اعتراض الغير على هذا الحجز و يكون هذا عن طريق رفع دعوى تسمى دعوى استرداد المنقولات المحجوزة [1].

**و دعوى الاسترداد** هي وسيلة قانونية إجرائية وفرها المشرع , تحت يد الغير للاعتراض على حجز المنقول لدى المدين , فتحول دون نفاذ الحجز بشكل مؤقت بمجرد رفعها , و بشكل نهائي بالحكم فيها لصالح المدعي .

(1) – يذهب جانب من الفقه إلى تقرير حق الاعتراض إلى المدين ، و هذا غير منطقي على اعتبار أن دعوى الاسترداد تفع ضد الدائن الحاجز و المحجوز عليه ، و الحاجزين المتدخلين إن وجدوا ، و من لا يمكن تصور أن للمحجوز عليه صفتين في هذه الدعوى صفة مدعي و مدعى عليه.

– راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 406 .

و الأساس القانوني لدعوى الاسترداد , هو تخلف أحد العناصر الجوهرية لصحة الحجز و هو تملك المنفذ عليه للأشياء المحجوزة , فمتى ادعى الغير ملكيته للمنقولات المحجوزة , و قام برفع دعوى لأجل استردادها يوقف البيع وجوبا من طرف الشخص القائم بالبيع الجبري , و قد تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد النص على هذه الدعوى بموجب المادة 716 بقولها : ( إذا ادعى الغير ملكية منقولات محجوزة , و قام برفع دعوى استردادها يوقف البيع وجوبا من طرف المحضر القضائي أو محافظ البيع ) , و تضيف المادة 717 من نفس القانون : ( ترفع دعوى الاسترداد المشار إليها في المادة 716 أعلاه , أمام قاضي الاستعجال ضد الدائن الحاجز و المحجوز عليه والحاجزين المتدخلين إن وجدوا بحضور المحضر القضائي أو محافظ البيع , و تشتمل العريضة على بيان واف لسندات الملكية و ترفق بالوثائق المؤيدة لها (1).

يفصل قاضي الاستعجال في أجل خمسة عشرة (15) يوما , باسترداد المنقولات المحجوزة و رفع الحجز أو رفض طلب الاسترداد و مواصلة التنفيذ ) , وعليه و خلال قراءة نص المادتين السالف ذكرهما يمكن استخلاص الأحكام التالية :

أ – **<u>أطراف الدعوى</u> :** يواجه المشرع في هذه الدعوى مراكز ثلاث و هي الغير , الذي يدعي ملكيته لهذه الأشياء وهو الطرف الإيجابي في الدعوى , يختصم فيها المدعى عليهم , وهم الدائن الحاجز حسن النية الذي أوقع حجزا على منقولات قائمة و ظاهرة في حيازة المدين , و كذلك يختصم فيها المدين المحجوز عليه , بالإضافة إلى الحاجزين المتدخلين إن وجدوا , و يضيف المشرع الجزائري طرفا آخر في هذه الدعوى و هو المحضر القضائي أو محافظ البيع , و نرى أن المشرع المصري يذهب إلى تحديد أطراف الدعوى في طرفين و هما الغير الذي يدعي ملكيته للأشياء المحجوزة ويختصم فيها الدائن الحاجز و المحجوز عليه و الحاجزين المتدخلين (2).

و هذا ما نصت عليه المادة 394 مرافعات مصري بقولها : ( يجب أن ترفع دعوى الاسترداد على الدائن الحاجز و المحجوز عليه و الحاجزين المتدخلين ) , و أمـا المشرع الفرنسـي فيذهب إلى تقرير هذا الحـق إلـى المديـن و كذلك الغير الـــذي يدعي ملكيته للأشيـاء المحجوزة , و منه يتم سماع المدين

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 339 .

(2) – ثار جدال بين الفقهاء حول تحديد مفهوم الغير في دعوى الاستحقاق ، ذلك أن مصطلح الغير في القانون و في التنفيذ القضائي معان مختلفة تختلف بحسب استعماله ، فمثلا الغير في دعوى الاستحقاق تختلف عن الغير في حجز ما للمدين لدى الغير.
فذهب رأي إلى القول بأن الغير – هنا – من له حق يتعارض مع التنفيذ على المنقولات لدى المدين ، و ذهب رأي آخر بأن الغير هو من له حق متعلق بالشيء محل الحجز يفضل حق المشتري بالمزاد كصاحب حق ملكية الأشياء المحجوزة ، أو صاحب حق الانتفاع عليها مثلا ، و نحن لن نخوض في تأييد هذا الرأي أو ذاك لتحديد مفهوم الغير طالما أن المشرع الجزائري قد عرفه في نص المادة 716 ق.إ.م.إ بأنه الشخص الذي يدعي ملكية المنقولات المحجوزة ، و له سند ملكية يؤيد ذلك .

أو استدعائه , و هذا على غرار المشرع الجزائري و المشرع المصري و عليه نرى أن اختصام المحجوز عليه و الحاجزين المتدخلين أمر موفق على اعتبار أنهم أطراف أساسين في عملية الحجز وبالتالي من الضروري و المنطقي أن يكونوا أطراف في الدعوى , و أما المشرع الجزائري فنرى أنه قد توسع في إدخال المحضر القضائي أو محافظ البيع في الدعوى و في رأيينا أن حضورهما لا يفيد كثيرا ، و عليه كان من الأحسن عدم إدخالهما في الدعوى , و في الأخير نرى أن التشريع الفرنسي والمشرع المصري كان أكثر توفيقا في تحديده لأطرف الدعوى بين الغير الذي يدعى ملكية الأشياء المحجوزة , و الدائن الحاجز و المدين المحجوز عليه و الحاجزين المتدخلين [1].

**ب – <u>طبيعة الدعوى</u>** : إن الإدعاء بملكية شيء و المطالبة به أمام القضاء , يكون إلا أمام قاضي الموضوع , إلا أننا و بصدد دعوى الاسترداد فنكون أمام أمرين و هما , مطالبة الغير باسترداد الأشياء المحجوزة من إخلال إدعائه بملكيته لهذه الأشياء , و هذه الدعوى ليست دعوى ملكية عادية أما الأمر الثاني فهي متعلقة بمنازعة في التنفيذ على اعتبار أن أحد الشروط الموضوعية للحجز قد تخلف , و هو الحجز على أشياء مملوكة للغير و ليس للمدين , و منه تذهب العديد من التشريعات إلى اعتبار هذه الدعوى هي دعوى موضوعية , و لكن المشرع الجزائري و على خلاف العديد من التشريعات , و كذلك على خلاف ما كان منصوص عليه في نص المادة 377 من قانون الإجراءات المدنية القديم التي كانت تسند الاختصاص إلى قاضي الموضوع أما في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد جعلها المشرع الجزائري من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة , رغم أن القاضي الذي ينظر في الدعوى سيمس بأصل الحق لأن الغير يطالب باستعادة ملكيته للأموال المحجوزة , و قد نصت المادة 717 ق.إ.م.إ : ( ترفع دعوى الاسترداد المشار إليها في المادة 716 أعلاه , أمام قاضي الاستعجال ضد الدائن الحاجز و المحجوز عليه و الحاجزين المتدخلين إن وجدوا , بحضور المحضر القضائي أو محافظ البيع و تشتمل العريضة على بيان واف لسندات الملكية و ترفق بالوثائق المؤيدة لها [2].

و يفصل قاضي الاستعجال في أجل خمسة عشر (15) يوما , باسترداد المنقولات المحجوزة ورفع الحجز أو رفض طلب الاسترداد و مواصلة التنفيذ ) , و منه نرى أن المشرع الجزائري أراد أن يفصل في

---

(1) −voir Emmanuel Blanc , op-cit , p 228 .

(2) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 342 .

هذا الدعوى بأقل وقت ممكن ليتحدد مآل الحجز إما بالزوال أو الاستمرار و هذا لا يتحقق إلا باختصاص القضاء المستعجل (1).

و **بالنسبة للمشرع المصري** فقد اعتبرها منازعة موضوعية في التنفيذ , يختص بالنظر فيها قاضي التنفيذ وترفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى هذا وفقا لنص المادة 2/946 مرافعات مصري ( على المعترض أن يقدم الدعوى بوجه الحاجز و المشتركين بالحجز و المحجوز عليه لإثبات حقه أمام المحكمة المختصة في خلال خمسة أيام اعتبارا من صدور قرار رئيس دائرة التنفيذ ) (2).

**وأما المشرع الفرنسي** فهو ينتهج طريق أخر على خلاف التشريع الجزائري و التشريع المصري حيث يعتبر هذه إشكال من إشكالات التنفيذ يختص بالنظر فيها قاضي التنفيذ , و ترفع بناءا على طلب المدين أو الغير , أو ترفع من طرف المحضر القضائي الذي تولى عملية الحجز باعتباره المخول في عرض إشكالات التنفيذ أمام قاضي التنفيذ , والمشرع الفرنسي يفرق بين حالتين , حالة ما إذا الاعتراض قبل البيع , و حالة الاعتراض بعد البيع , ففي الحالة الأولى يمكن للمدين أو الغير أن يرفع دعوى يطالب فيها إخراج مجموعة من الأموال من مجموع الأموال المحجوزة و التي يراد بيعها و تسمى هذه الدعوى بدعوى الاستبعاد أو الاستخراج –l’action en distraction– و هذه التسمية مشتقة من المصطلح اللاتيني distrahere , و هي تعني إخراج جزء من الكل , و يجب على الشخص الذي يرفع الدعوى أن يثبت إدعائه بكل الوثائق و المستندات بصفة مؤكدة , و ترفع ضد الدائن الحاجز و المدين المحجوز عليه , و في حالة تعدد الدائنين الحاجزين يمكن للحاجز الأول أن يدخل في الخصام الدائنين المتدخلين في الحجز , و هذا وفقا لنص المادة ر– 3/128 , و خلال النظر في هذا الطلب فإن الإجراءات التالية تتوقف إلى حين الفصل في هذه الدعوى (3).

و أما في حالة ما إذا تمت عملية البيع , فإنه لا يمكن للغير أن يرفع هذه الدعوى , و إنما له طريق آخر وهو أن يرفع "دعوى الاسترداد l’action en revendication",وهذه الدعوى هي دعوى ملكية عادية ترفع وفق الأشكال والإجراءات العادية لرفع الدعاوى , و ترفع من طرف الغير ضد الراسي

---

(1) – نرى أن المشرع الجزائري قد خالف القواعد العامة للاختصاص , فقاضي الأمور المستعجلة حينما يفصل باسترداد المنقولات المحجوزة فهو ينظر في أصل الحق ، إلا أن هناك تبرير لهذا ، فالبرجوع إلى نص المادة 300 ق.إ.م.إ التي تنص : ( يكون قاضي الاستعجال مختصا أيضا في المواد التي ينص عليها القانون صراحة على أنه من اختصاصه ، و في حالة الفصل يحوز الأمر الصادر فيه حجية الشيء المقضي فيه ) و عليه نرى أن هناك استثناء بنص القانون ، و بالتالي لا مجال للخوض أكثر في انتقاد توجه المشرع الجزائري في هذا الأمر.

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 435 .

(3)- voir Rogger Perrot – Philippe Thery , op-cit , p 545-546 .
- et voir Emmanuel Blanc , op-cit , p 288 .
- et Gérard Couchez , op-cit , p 110 .

عليه المزاد , إلا أن الغير لا يمكنه في كل الحالات استرجاع الأموال المحجوزة , إلا إذا كان الراسي عليه المزاد سيء النية , أو كان فقد هذه الأشياء أو سرقت منه , أما إذا كان في مواجهة الراسي عليه المزاد حسن النية , فإنه لا يمكنه إلا المطالبة بقيمة الأشياء أي يسترجع قيمتها من الراسي عليه المزاد , و لهذا الأخير أن يخصم المبالغ التي دفعها دون أن يتحمل أي مصاريف من مبلغ البيع[1].

**ج – <u>أثر رفع الدعوى</u> :** يترتب على بيع الأشياء المحجوزة انتقال ملكيتها إلى الراسي عليه المزاد ومن هنا قد يصعب على الغير الذي يدعي ملكيته للأشياء أن يستعيدها , و لهذا يبادر إلى رفع هذه الدعوى قبل إتمام عملية البيع , و هذا ما نصت عليه المادة 716 ق.إ.م.إ فعلى القائم بالبيع أن يوقف عملية البيع وجوبا , والشرط الأساسي لوقف البيع , هو إثبات رفع دعوى استرداد المنقولات المحجوزة وليس الإدعاء بملكيتها كاف لوقف عملية البيع , فإذا ادعى الغير ملكيته لهذه الأشياء و لم يرفع دعوى قضائية , ليس للقائم بالبيع أن يوقف إجراءاته , و لو قدمت أمامه أدلة كافية تفيد ملكية الغير لتلك المنقولات , و لا يترتب على هذا الامتناع أي مسؤولية مدنية للمحضر القضائي , حتى في حالة ما إذا رفع هذا الغير دعوى الاسترداد و حكم له القضاء بذلك , ذلك أن المحضر القضائي ليس من صلاحيته أن يتولى مهمة القضاء [2].

**و يتخذ الحكم في دعوى استرداد الأشياء المحجوزة إحدى الفرضيتين :**

**1– <u>حالة الحكم بالاسترداد</u>** : قد يسعى المدين و بكل الطرق أن يعرقل عملية التنفيذ خاصة في مرحلة البيع , أو أن يحاول الغير مجاملة المدين بأن يدعي ملكيته لهذه الأشياء , فيحاول بذلك النيل من همة الدائن في الاستمرار في إجراءات البيع , لهذا قرن المشرع رفع هذه الدعوى بشرط إثبات الإدعاء, إذ يجب

(1) – في حقيقة الأمر أن هذه الدعوى قد تكون غير مجدية خاصة إذا تم توزيع المبالغ المتحصل عليها من عملية البيع ، و في هذه الحالة يطالب الغير من المدين المحجوز عليه تعويض قيمة الأشياء المحجوزة ، على اعتبار أنه قد وفى بمبلغ الدين من أموال غيره , إلا أن هذا الأمر قد يكون غير مجدي ، و لأجل هذا يمكن التساؤل عن ما إذا كان يمكن الرجوع على الدائن الحاجز باعتبار أنه هو الذي تسلم مبلغ هذه الأشياء المحجوزة ، إلا أن السؤال الذي يطرح هو ما هو الأساس القانوني لهذه المطالبة فالبعض يرى أنه يمكن الرجوع على أساس الإثراء بلا سبب إلا أن هذا الإثراء له ما يبرره و هو السند التنفيذي الذي تم بموجبه الحجز ، و أما البعض الآخر فيذهب إلى أنه يمكن مطالبة الدائن بتعويض مبلغ الأشياء المبيعة على أساس المسؤولية المدنية ولكن في هذه الحالة يجب إثبات خطأ الدائن الحاجز ، و هذا لا يكون إلا إذا كان هذا الأخير يعلم بحقيقة ملكية هذه الأشياء للغير والأشياء المبيعة على أساس المسؤولية المدنية ، و لكن في هذه الحالة يجب إثبات خطأ الدائن الحاجز ، و هذا لا يكون إلا إذا كان هذا الأخير يعلم بحقيقة ملكية هذه الأشياء للغير ، و لكن في الحالات الأخرى من الصعب إن لكن في الحالات الأخرى من الصعب إن لم نقل من المستحيل إثبات خطأ الدائن الحاجز .

- voir Rogger Perrot – Philippe Théry , op-cit , p 545-546 .
- et Emmanuel Blanc ,op-cit , p 288 .

(2) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 344 .

أن تتضمن عريضة الدعوى بيان واف لسندات الملكية , و يجب أن ترفق بالوثائق المؤيدة لها وهذا ما نصت عليه المادة 717 /1 ق.إ.م.إ , و هذا هو نفس حكم التشريع المصري في نص المادة 394 مرافعات مصري بنصها على : ( يجب أن ترفع دعوى الاسترداد على الدائن والمحجوز عليه والحاجزين المتدخلين و أن تشمل صحفيتها على بيان واف لأدلة الملكية ... ) وكذلك المشرع الفرنسي في نص المادة ر– 2/128 : ( يجب أن يحدد في الطلب الأدلة التي ستند عليها لإدعاء الملكية ) و منه يمكن تقديم مستندات ملكية , أو من خلال الظروف التي تثبت الملكية أو بأي وسيلة يمكن أن تقنع القاضي و التي تثبت الملكية , أو بأي وسيلة يمكن أن تقنع القاضي **(1)**.

و إذا تمكن الغير من إثبات إدعائه , فإن القاضي يأمر باسترداد الأموال المحجوزة و رفع الحجز وهذا وفقا لنص المادة 2/717 ق.إ.م.إ : ( يفصل قاضي الاستعجال في أجل خمسة عشر (15) يوما باسترداد المنقولات المحجوزة و رفع الحجز أو رفض طلب الاسترداد و مواصلة التنفيذ ) .

**2 – حالة رفض الدعوى :** قد يدعي الغير ملكيته للأشياء المحجوزة , لكنه لا يفلح في أن يقدم الدليل المقنع لإدعائه , و بالتالي فإن القاضي الذي ينظر الدعوى يرفض الطلب و يأمر بمواصلة التنفيذ , وقد خول المشرع الجزائري للدائن الحاجز الحق في إمكانية الرجوع على الغير , الذي خسر دعوى الاسترداد بطلب التعويضات المدنية أمام قاضي الموضوع , و إقرار المشرع الجزائري لهذا الحق يستمد مبرراته من تعطيل عملية البيع و مضاعفة المصاريف الناتجة على هذا التعطيل , و نشير في هذا الصدد أن المشرع الجزائري قد نص على حق الدائن الحاجز , و استعمل صيغة المفرد , والحقيقة أنه ليس هناك ما يمنع الدائنين الحاجزين المتدخلين من أن يطلبوا ذلك و متى تقدموا بسنداتهم أمام المحضر القضائي لتسجيلهم و انضمامهم إلى الدائن الحاجز قبل البيع **(2)**.

---

(2) -voir Rogger Perrot – Philippe Thery , op-cit , p545 .
- et voir civ.1er , janvier 1959 , bull.1 , n° 30 , p 25 , d.1959 , som.p.100, civ.3°,20 décembre 1977, bull. lll , n° 460 , p .350 , civ .1 re , 19 décembre 1978 ,bull.l ,n°396 ,p308 .

(2) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 344 .

# الفصل الثالث

# التمهيد لبيع العقار و توزيع حصيلة التنفيذ

يشكل العقار و لا يزال في اعتقادنا رمز للثروة و السلطة و الوجاهة , و لم يخلوا تاريخ البشرية من حدث إلا و كان العقار عامل أساسي في هذه الأحداث , فقد ثارت النزاعات بين الأفراد و القبائل بسبب احتلال هذه الجماعة أو تلك لقطعة أرضية , بل و حتى في العصر الحديث تصارعت العديد من الدول حول قطعة أرضية لسنوات , أهدرت فيها الدماء و تم استنزاف ثورة البلاد .

إذن تعتبر الملكية العقارية العنصر الهام و الثابت في ثروة الإنسان , و قد كانت في العصور القديمة و الوسطى الحجر الأساسي في تنظيم الأوضاع السياسية , و الدعامة الكبرى في بناء نظام الأسرة , و لهذا لم تعترف الشرائع القديمة للفرد بكامل حقوقه السياسية , إلا إذا كان يملك مساحة معينة من العقارات (1).

و منه فالعقار كما أشرنا سابقا كان و مازال يعتبر أعز ما يملكه الإنسان , و هو الذي يرثه الإنسان عن أجداده فلا يفرط فيه إلا لمصلحة بينة , و من ثم وجب أن يمنح المدين فسحة زمنية كافية لتهيئة قرضه , و ليقوم بوفاء ما عليه من ديون ليتفادى التنفيذ و يصون عقاره , أو تمكنيه من المنازعة في التنفيذ ليتفادى نزع ملكية عقاره إن كان هناك وجه للمنازعة (2).

لأجل هذه الاعتبارات يتميز التنفيذ على العقار , عن غيره من طرق التنفيذ بشدة الشكلية الإجرائية سواء من حيث تعدد الإجراءات أو طول المواعيد , و يرجع ذلك إلى أن نظرة المشرع للعقار تختلف عن نظرته للمنقول , و لذلك وفر الإجراءات و المواعيد فرصة للمدين للوفاء الاختياري بالدين , و من ناحية أخرى نظرا لأن العقارات قد تتعلق بها حقوق الغير من الدائنين أصحاب التأمينات العينية , كالرهن و الاختصاص و الامتياز , فإن المشرع قد أوجب اعتبارهم طرفا في الإجراءات , مما يستوجب معه تعدد الإجراءات و تعقدها في بعض الأحيان , و من ناحية أخرى , و نظرا لأهمية استقرار التعامل على

---

(1) – راجع د / أحمد هنيدي ، المرجع السابق ، ص 309 .

– و راجع د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 624 .

(2) – تذهب بعض التشريعات في سبيل الإبقاء على عقار المدين ، إلى الحد السماح له باستعادة العقار في فترة زمنية معينة بعد البيع بالمزاد العلني ، لإذا قام بدفع الثمن الذي رسى به مزاد العقار .

– أنظر في هذا الشأن ، القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ص 129 .

العقارات , و احترام الأوضاع الظاهرة , و حماية الغير الذي يتعامل عليها , أوجب المشرع في إجراءات التنفيذ العقاري إعمال فكرة الشهر العقاري و ما يستتبعه
بدورها من إجراءات , ليعلم بها من يتعامل مع مالك العقار في أثناء التنفيذ (1).

إن تطور الحياة المدنية الحديثة أدى إلى إحداث تغيرات كبيرة في حياة الفرد و الجماعة , فبعد تقدم الصناعة و ازدياد أهمية التجارة , و منه لم يعد للعقار أهميته التي كانت عليه في القديم كعنصر من عناصر الثروة , و بالنتيجة فإن إجراءات التنفيذ على العقار التي كانت تتسم بالتعقيد و البطء لا يتناسب مع الاعتبارات المتقدمة التي قيل لتبريرها , و ما تقتضيه مصلحة حقيقية تبرره , هذا فضلا عن أن تعدد الإجراءات و بطئها ضار بالمدين , فهو يتحمل في النهاية عبئ تكاليفها , كما أن فيه إضعاف للائتمان العقاري , و لا يشجع على عمليات التسليف العقاري الذي تجريه بنوك التسليف العقاري ولهذا استشعر العديد من المشرعين هذا الوضع و قاموا بالعديد من التعديلات لتبسيط إجراءات التنفيذ على العقار , بما يحقق فعالية هذا الإجراء و يجعل من العقار ثروة ذات قيمة اقتصادية حقيقية و عليه سنحاول بإيجاز استعراض أهم المراحل التي مرت بها التعديلات في التشريعات الثلاث محل الدراسة (2).

**1 – <u>في فرنسا</u> :** لقد استشعر المشرع الفرنسي تعقيدات التنفيذ على العقار , فأصدر سنة 1852 قانونا للتنفيذ العقاري راعى فيه تبسيط إجراءات التنفيذ على العقار و تقصير مواعيده , و بعدها بدأ المشرع الفرنسي في سلسلة من التعديلات , بداء بالقانون الصادر في 09 جويلية 1991 والذي تم بموجبه تعديل إجراءات التنفيذ بصفة عامة , و بعده صدر أمر بتاريخ 21 أفريل 2006 والذي عدل بصفة جذرية إجراءات التنفيذ على العقار ، و أخيرا صدر مرسوم بتاريخ 12 فيفري 2009 , و عليه فكل هذه النصوص القانونية جاءت لتبسيط و تحديث و تسريع إجراءات التنفيذ على العقار, و بهذا يكون

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 623 .

(2) – من بين التشريعات على سبيل المثال التي أحدثت تعديلا جوهريا في إجراءات التنفيذ على العقار التشريع اللبناني ، فقد قطع المشرع اللبناني شوطا بعيدا في تيسير إجراءات التنفيذ على العقار و التسهيل على صاحب الحق في اقتضاء حقه ، فهو أجاز أن يتم الحجز العقاري بمقتضى حكم مشمول بالنفاذ المعجل ، و أجاز كذلك بيع العقار و لو لم يصبح الحكم قطعيا ، كما أجاز أيضا حجز العقار حجزا احتياطيا ، و هذا على خلاف العديد من التشريعات العربية و منها التشريع المصري ، و التشريع الجزائري قبل التعديل .

و قد تخفف المشرع اللبناني من الكثير من الشكليات ، فمثلا لم يرتب البطلان لعدم احترام المهل التنظيمية التي وردت بصدد الحجز العقاري ، و لم يقرر كذلك بطلان الحجز العقاري ، و لم يقرر كذلك بطلان الحجز العقاري لعدم توجيه الإنذار السابق عليه مع أنه أكد هذا البطلان في الحجز إذا لم يسبقه هذا الإنذار و أدمج إجراءات الزيادة بالعشر ، و إجراءات إعادة البيع على مسؤولية المشتري الناكل في ذات إجراءات المزايدة ، و أكد أن جميع الآثار المترتبة على الحجز العقاري لا تسري إلا من تاريخ تسجيله .

– للتفصيل أكثر : راجع د / أحمد هنيدي ، المرجع السابق ، ص 301 .

المشرع الفرنسي حريص على الوصول إلى نجاعة الحجوز العقارية بما يحقق الموازنة بين المصالح المتضاربة بين المدين و الدائن أو الدائنين إن تعددوا و كذلك الغير [1].

**2 – <u>في مصر</u> :** فقد كان مطبقا نظامان للتنفيذ على العقار , و هما الحجز العقاري الذي كان معمول به أمام المحاكم المختلطة , و نظام نزع الملكية الذي كان معمول به أمام المحاكم الوطنية , وقد تبنى واضعو تشريع قانون المرافعات المصري الجديد الاتجاه الحديث في التشريع , فعمل على تبسيط هذا النظام مهتديا إلى حد كبير بالتشريع الفرنسي الصادر سنة 1938 [2].

**3 – <u>في الجزائر</u> :** فالحديث عن طرق التنفيذ عموما و عن إجراءات التنفيذ على العقار خصوصا يقسم إلى مرحلتين , و هما :

**أ – <u>مرحلة صدور قانون الإجراءات المدنية سنة 1966</u> :** ما يمكن قوله عن النصوص القانونية التي كانت تنظم الحجوز العقارية , أنه كانت مستوحاة من القانون الفرنسي , ذلك أن هذا الأخير كما أشرنا قد تضمن أحكام تعود إلى القرن التاسع عشر , و بالتالي اتسمت هذه النصوص القانونية بالتعقيد والمدة الزمنية الطويلة التي تستغرقها عملية التنفيذ على العقار , بالإضافة إلى التكاليف المالية الكبيرة هذا ونشير أن قانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب الأمر رقم 66–154 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ08 يونيو 1966 , قد نظم التنفيذ على العقار من الباب السادس بموجب المواد 379 إلى المادة 399 أي خصص له 27 مادة , هذا ما جعل هذه النصوص القانونية غير كافية في تفصيل وتوضيح إجراءات التنفيذ على العقار .

**ب– <u>مرحلة صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد</u> :** تبدأ هذه المرحلة بدخول القانون رقم 08–09 المؤرخ في 2008.02.25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية , و الساري المفعول ابتداء من تاريخ 2009.04.25 , و قد خصص المشرع الجزائري فصلا كاملا للحجز التنفيذي على العقارات و الحقوق العينية العقارية المشهرة .

و في هذا الفصل من الكتاب جاءت إجراءات الحجز التنفيذي على العقار مفصلة على حسب كل المراحل التي تمر بها عملية الحجز , ابتداء من عملية استصدار الأمر بالحجز إلى غاية توزيع ثمار البيع بالمزاد العلني للعقار المحجوز .

---

(1) – أ / ستيفات جنسولان – ماري هيلان ، الحجز العقاري في التشريع الفرنسي ، مداخلة باللغة الفرنسية على هامش ملتقى نظم من طرف الغرفة الجهوية للمحضرين القضائيين ، ناحية الشرق ، قسنطينة ، 2009.12.05 .

(2) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 379 .

و قد تعرض المشرع الجزائري إلى نقاط كثيرة كانت محل فراغات و اجتهادات مختلفة فجاء سردها بالتسلسل بالنص و التقنين لكل إجراء من حيث شكله و موضوعه , و من يقوم به و آثاره ... إلخ , وما يدل على هذا التفصيل عدد المواد التي جاءت خاصة لإجراءات الحجز العقاري وعددها 66 مادة عوض 27 مادة التي كانت في النص السابق , مما يدل على أن النص الجديد سوف يستجيب إلى حد كبير لإشغالات المحضرين القضائيين التي كانت قائمة بخصوص هذه الإجراءات [1] .

و عليه فالحجز التنفيذي على العقارات هو وضع العقار تحت سلطة القضاء بهدف منع المدين من التصرف فيه إضرار بدائنه , و الأصل أن الحجز على عقار يشمل الملكية كاملة , أي الرقبة والانتفاع غير أن المشرع الجزائري في ظل التعديلات الجديدة , أجاز الحجز على حق الاستعمال أو حق السكنى أو حق الارتفاق , أو الحقوق العينية التبعية كالرهن و الامتياز وحدها دون حق الرقبة كما أجاز الحجز على العقار بالتخصيص رغم أنه منقول لكن حجزه يكون مع العقار المخصص لخدمته [2].

و لقد عمد المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد , التدقيق في إجراءات الحجز العقاري و تفصيلها و تبسيطها قصد إضفاء المزيد من النجاعة , و الفعالية في التنفيذ.

**و يتضمن الحجز العقاري ثلاث مبادئ أساسية و هي :**

-**<u>المبدأ الأول</u>** : يتعلق بتحديد العقارات القابلة للحجز , و هي العقار بطبيعته و العقار بالتخصيص وفقا لأحكام القانون المدني ، و الحقوق العينية العقارية الأخرى , لأن حكمها حكم العقار في التصرفات الناقلة للملكية سواء كان العقار مفرزا أو مشاعا .

-**<u>المبدأ الثاني</u>** : يتعلق بمنع الدائن العادي من الحجز على العقار أو الحق العيني العقاري , إلا بعد إثبات عدم كفاية الأموال المنقولة لمدينه , أو لعدم وجودها أصلا .

- **<u>المبدأ الثالث</u>** : يخص الدائنين أصحاب التأمينات العينية , و هم الذين لهم حق التتبع على العقار ويقصد بهم الدائن المرتهن صاحب حق الامتياز على العقار , الدائن صاحب حق التخصيص على العقار , و هؤلاء يمكنهم الحجز مباشرة على العقار حتى و لو انتقلت ملكيته إلى الغير دون شرط عدم كفاية المنقولات .

---

(1)- راجع أ / العيد بن هدر ، أحكام التبليغ و التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مقال منشور في مجلة المحضر القضائي ، عدد خاص ، سنة 2008 ، ص 26 .

(2) - راجع القاضي / عياد وهاب ، إجراءات الحجز على العقار في ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري مداخلة في الملتقى المنظم من طرف الغرفة الجهوية للمحضرين القضائيين ، قسنطينة ، 05 ديسمبر 2009 ، ص 09 .

ومن خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد , استحدث المشرع أحكاما جديدة سواء فيما يتعلق بالإجراءات من حيث الآجال خاصة تفادي إطالة أمد التنفيذ الجبري , و كذا فيما يتعلق بالمضمون إذ أنه و إن أكد على الحجز على العقارات المشهرة , و نظم أحكامه في الفصل الخامس من الباب الخامس ( المواد 721 – 765 ق.إ.م.إ ) , فإنه سمح بإمكان الحجز على العقار المشهر و غير المشهر و نص على ذلك في الفصل السادس من الباب الخامس ( المواد 766– 774 ق.إ.م.إ ) وهو الجديد الذي جاء به القانون رقم 08–09 المذكور أعلاه في مجال الحجز على العقار(1).

و عليه و مما تقدم ذكره , نرى أن التشريعات الثلاث حريصة على تنظيم إجراءات الحجز على العقار بحيث يجعل من هذا الحجز إجراءا فعلا خاليا من الشكليات التي لا مبرر لها و التعقيدات التي تضر بالمدين و الدائن و حتى الغير , و عليه سنحاول التطرق إلى إجراءات الحجز التنفيذي على العقار **من خلال ثلاث مباحث** ، حيث نخصص **المبحث الأول** لأحكام و إجراءات إعداد العقار والتمهيد للبيع أما **المبحث الثاني** فسنخصصه بيع العقار بالمزاد العلني , و في الأخير نخصص **المبحث الثالث** للتطرق إلى إجراءات توزيع حصيلة التنفيذ .

## المبحث الأول
## إعداد العقار و التمهيد للبيع

يمثل الحجز العقاري آخر وسيلة جبرية في يد المدين , يلجأ إليها الدائن بغية استيفاء دينه ويخول هذا الإجراء وضع العقارات المملوكة للمدين تحت يد القضاء , قصد بيعها بالمزاد العلني ويتم الحجز على العقار سواء كانت مملوكة للمدين و في حيازته , أو كانت في حيازة الغير ولا شك أن هذا الأمر لا يتم إلا بعد إنذار المدين و إمهاله فترة زمنية محددة , عسى أن يتدارك الأمر ويستوعب جدية الأمر و خطورته فيهرع إلى الوفاء بديونه , و لأن العقار يحتل مكانة متميزة في النفوس , فإن الحجز عليه يخضع لتدابير خاصة منها عدم جواز الحجز على عقارا المدين إلا في حالة عدم كفاية المنقولات باستثناء الدائنين أصحاب التأمينات العينية الذين بيدهم سند تنفيذي على عقارات مثقل برهن أو تخصيص أو امتياز , و هذا ما نصت عليه المادة 1/721 ق.إ.م.إ : ( يجوز للدائن الحجز على العقارات و/أو الحقوق العينية لمدينه , مفرزة كانت أو مشاعة , إذا كان بيده سند تنفيذي وأثبت عدم كفاية الأموال المنقولة لمدينه أو عدم وجودها) (2).

(1) – راجع لوصيف نجاة ، الحجز على العقارات غير المشهرة ، الملتقى المشار إليه سابقا ، ص 16.
(2) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 224 .

و عليه تشكل التأمينات العينية من رهن و امتياز و حق تخصيص , الاستثناء عن القاعدة العامة بحيث يجوز لأصحاب هذه الحقوق و الحائزين على سند تنفيذي , أن يبادروا مباشرة بالحجز التنفيذي على عقارات المدين , دون أن يتقيدوا بقاعدة الحجز على المنقولات أولا , و في حالة عدم كفايتها أو عدم وجودها أن ينتقلوا إلى الحجز على العقارات , فهذه القاعدة كما أشرنا سابقا لا تقيد إلا الدائنين العاديين و هذا ما تضمنه المادة 2/721 ق.إ.م.إ : ( غير أن الدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز الخاص على عقار أو صاحب حق التخصيص على عقار , الذي بيده سندا تنفيذيا يجوز له الحجز على العقارات و/أو على الحقوق العينية العقارية لمدينه مباشرة حتى و لو انتقلت ملكيتها إلى الغير ) وهذا ما أكدته الغرفة المدنية بالمحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 149.600 المؤرخ في 1997.12.10 , حيث جاء في إحدى حيثيات القرار : ( حيث فضلا عما ذكر أعلاه يجب التذكير بمحتوى الفقرة الأولى من نفس المادة 379 ق.إ.م و التي تفيد أنه لا يجوز نزع ملكية عقارات المدين إلا في حالة عدم كفاية المنقولات , حيث أن الدائن و هو الطاعن تجاهل هذه الأحكام الآمرة مما يجعل طعنه غير وجيه مما يستوجب الرفض ) [(1)].

إن تحقيق حجز العقار للغرض النهائي منه و هو اقتضاء الدائن الحاجز حقه الموضوعي , إنما يعتمد على ضرورة إتباع نظام إجرائي معين , سواء في ذلك النظام الإجرائي لمرحلة الحجز بالمعنى الدقيق , أم النظام الإجرائي للمرحلة التالية للحجز , و التي أطلق عليها – فقها و تشريعا – مرحلة إعداد العقار للبيع [(2)].

و يمر الحجز التنفيذي على العقار بسلسلة متتابعة من الإجراءات سواء في القانون الجزائري أو القانون المصري أو القانون الفرنسي , فيبدأ بطلب التنفيذ من الدائن بعقبة إنذار المدين بالوفاء الاختياري و يليها قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية , و بعدها إلى إعداد العقار للبيع و في الأخير بيع العقار بالمزاد العلني , و عليه يمكن تلخيص هذه الإجراءات في ثلاث مراحل و هي , وضع العقار تحت يد القضاء في مرحلة أولى , ثم إعداد العقار و التمهيد للبيع , و في الأخير عملية البيع بالمزاد العلني و الواقع أن التنفيذ على المال سواء كان منقولا أو عقارا يمر بهذه المراحل الثلاث ولكن هذه المراحل في التنفيذ على العقار أكثر تميزا منها في التنفيذ على المنقول , نظرا لتعدد إجراءات التنفيذ على العقار و طول مواعيدها بالمقارنة مع الحجز التنفيذي على المنقول [(3)].

و عليه سوف نتناول في **المطلب الأول** وضع العقار تحت يد القضاء , و في **المطلب الثاني** سنتناول فيه إجراء قيد أمر الحجز و آثاره , و في **المطلب الثالث** سنخصصه لإجراءات التمهيد للبيع.

---

(1) – راجع القرار رقم 149.600 مؤرخ في 1997.12.10, منشور في المجلة القضائية ، العدد الثاني ، لسنة 1997 ص 64.

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 625 .

(3) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 380 .

# المطلب الأول
## وضع العقار تحت يد القضاء

لقد أشرنا سابقا أن الحجز التنفيذي على العقار يمر بسلسلة من الإجراءات المتعاقبة , و لا يمكن للدائن أن يهمل إجراء من هذه الإجراءات ضنا منه بأنه غير ضروري , أو أن يتصور أن إهمال إجراء معين قد يجعله يوفر نسبة من النفقات والوقت , فإذا فعل ذلك فإن كل الإجراءات السابقة واللاحقة تكون قابلة للإبطال , على اعتبار أن إتباع الشكلية في الحجز التنفيذي على العقار أمر جوهري و ضروري وذلك لتعلق عدة حقوق محل اعتبار بهذا المال محل الحجز , لهذا يوصف الحجز التنفيذي على العقار بأنه حجز قضائي , إذ أن القاضي يتولى مراقبة هذه الإجراءات إجراء بعد إجراء .

و لقد رأينا في معرض تطرقنا للحجز التنفيذي على المنقول , أن هناك إجراءات يقوم بها المدين قبل القيام بإجراءات الحجز عن طريق المحضر القضائي بطبيعة الحال و هذا ما يسمى بمقدمات التنفيذ فهل يخضع الحجز التنفيذي على العقار إلى نفس هذا المنطق , و الحقيقة أن الجواب يكون بالإيجاب إلا أن طبيعة هذا الإجراء أو ذاك يختلف عنه في الحجز التنفيذي على العقار و عليه يبدأ أول إجراء في مرحلة الحجز التنفيذي على العقار بتقديم طلب إلى القضاء لاستصدار أمر الحجز .

**أ – <u>تقديم طلب الحجز</u> :** إن طلب التنفيذ على العقار لا يقدم إلا إذا كان بيد الدائن سند تنفيذي وهذا مفترض بديهي طالما أن الحجز التنفيذي على العقار و كقاعدة عامة هو آخر مرحلة من مراحل التنفيذ و لا يمكن تصور أن الدائن الذي لا يحوز على سند تنفيذي يمكنه أن يلجأ إلى الحجز التنفيذي على العقار , و عليه تبدأ أول مرحلة من مراحل الحجز التنفيذي على العقار بتقديم طلب من الدائن أو ممثله القانوني أو الإتفاقي إلى الجهة القضائية المختصة لاستصدار أمر بالحجز التنفيذي على عقارا مملوكة للمدين أو في حيازة الغير و هذا ما نصت عليه المادة 722 /1 : ( يقدم طلب الحجز على العقار أو الحقوق العينية العقارية إلى رئيس المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها العقار , من طرف الدائن أو من ممثله القانوني أو الإتفاقي , و يتضمن الطلب على الخصوص ) وعليه فالجهة القضائية المختصة هي رئيس المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها العقار , و في حالة حال تعدد العقارات أو الحقوق العينية موضوع الحجز ووجودها في اختصاص عدة محاكم , فإن الأمر في هذه الحالة يقتضي توجيه عدة طلبات إلى المحاكم التي يوجد بدائرة اختصاصها جزء من العقار محل الحجز وفي هذا إرهاق للدائن و كثرة المصاريف , وتيسرا من المشرع الجزائري فإنه يمكن استصدار أمر الحجز من أحد المحاكم التي تقع بدائرة اختصاصها أحد العقارات أو الحقوق العينية العقارية و جواز الحجز على عدة عقارات في آن واحد , و هذا ما نصت عليه المادة 724 /2 : ( إذا كان للمدين عدة عقارات و/أو

حقوق عينية عقارية تقع في دوائر اختصاص مختلفة يجوز للدائن استصدار أمر واحد بالحجز عليها من طرف رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها إحدى هذه العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية ) .

ب – **مشتملات الطلب و مرفقاته** : إن الطلب الذي يقدم للقضاء يجب أن يكون واضحا و خاليا من أي لبس أو غموض , و لا يتحقق هذا إلا إذا تضمن الطلب بعض البيانات الجوهرية , و هذا ما تضمنته المادة 722 ق.إ.م.إ بقولها : ( يقدم طلب الحجز على العقار و/أو الحقوق العينية العقارية إلى رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار , من طرف الدائن أو من ممثله القانوني أو الإتفاقي و يتضمن الطلب على الخصوص :

1 – اسم و لقب الدائن و موطنه الحقيقي و موطنه المختار في دائرة اختصاص المحكمة التي يوجد فيها العقار و/أو الحق العيني العقاري .

2 – اسم و لقب المدين و موطنه .

3 – وصف العقار و/أو الحق العيني العقاري المطلوب حجزه , مع بيان موقعه , و أية بيانات تفيد في تعيينه , طبقا لما هو ثابت في مستخرج سند الملكية .

يجوز للدائن أن يستصدر أمر على عريضة , يسمح للمحضر القضائي بدخول العقار , للحصول على البيانات اللازمة لوصف العقار و مشتملاته , و هذا الأخير غير قابل لأي طعن ) .

و عليه تعتبر هذه البيانات , بيانات جوهرية يجب أن يتضمنه الطلب و إلا كان معرضا للفرض كما أنه يمكن إضافة بيانات أخرى لتوضيح الطلب و تأييده , و لم يكتفي المشرع الجزائري بهذا بل أوجب و تحت طائلة رفض الطلب أن يرفق ببعض الوثائق الضرورية التي تثبت وقوع و تسلسل الإجراءات بالإضافة إلى توافر شروط الحجز التنفيذي على العقار , و قد تم تحديد هذه الوثائق بموجب المادة 723 ق.إ.م.إ : ( يرفق طلب الحجز المشار إليه في المادة 722 أعلاه بالوثائق الآتية :

1 – نسخة من السند التنفيذي المتضمن مبلغ الدين , و نسخة من محضر التبليغ الرسمي و التكليف بالوفاء.

2 – محضر عدم كفاية الأموال المنقولة أو عدم وجودها بالنسبة للدائن العادي.

3 – مستخرج عقد الرهن أو أمر التخصيص على عقار أو مستخرج من قيد حق الامتياز , بالنسبة لأصحاب التأمينات العينية .

4 – مستخرج من سند ملكية المدين للعقار .

5 –شهادة عقارية.

إذا لم يرفق الطلب بإحدى هذه الوثائق , رفض طلب الحجز , و يمكن تجديده عند استكمال الوثائق المطلوبة ) .

و نلاحظ أن هذه الوثائق تثبت احترام الدائن لتسلسل إجراءات التنفيذ , فالسند التنفيذي يعطي الحق لصاحبه بتوقيع الحجز التنفيذي سواء على المنقول أو العقار , أما محضر عدم كفاية المنقولات أو عدم وجودها يخول للدائن العادي توقيع الحجز التنفيذي على العقار كوسيلة أخيرة لاستيفاء ديونه وأما مستخرج من عقد الرهن أو أمر التخصيص , أو مستخرج من قيد الامتياز يخول لصاحبه توقيع الحجز التنفيذي على العقار مباشرة , و أما مستخرج من سند الملكية فهو يثبت وجود العقار و حدوده ومساحته , و في الأخير بالنسبة للشهادة العقارية فهي تبين القيود الواردة على العقار , وعليه فإن هذه الوثائق واجبة لإثبات ما يدعيه الدائن في طلبه , و بدونها فإنه لن يقبل له هذا الطلب [(1)].

**ج –<u>أمر الحجز</u> :** لقد أشرنا أنه يجب تقديم طلب إلى القضاء لتوقيع الحجز التنفيذي على عقارات المدين والقاضي المختص بإصدار هذا الأمر , هو رئيس المحكمة المختص إقليميا بمكان تواجد العقار أو إحدى العقارات في حالة تعددها و هذا وفقا لنص المادة 724/1–2 من ق.إ.م.إ , و لرئيس المحكمة المختص إقليميا أن يفصل في الطلب خلال أجل أقصاه ثمانية أيام من إيداع الطلب إما بالقبول أو الرفض , و يكون رفض الطلب في حالة ما إذا خلى طلب الدائن الحاجز من إحدى الوثائق المطلوبة قانونا , و لكن هذا لا يمنع من إعادة تقديم طلب ثاني و إرفاقه بالوثائق الناقصة , و هذا و قد نصت عليه الفقرة الأخيرة من نص المادة 723 ق.إ.م.إ : ( إذا لم يرفق الطلب بإحدى هذه الوثائق رفض طلب الحجز , و يمكن تجديده عند استكمال الوثائق المطلوبة ) .

**و في مصر** فإن الجهة القضائية المختصة بالإشراف على التنفيذ على العقار , هي إدارة التنفيذ التي يقع العقار في دائرتها , و عليه فإن قاضي التنفيذ التابع للمحكمة الجزئية التابعة للمحكمة الابتدائية الواقع في دائرتها هذا العقار , و إذا تناول التنفيذ عقارات في دوائر محاكم متعددة كان الاختصاص لإحداها [(2)].

**و أما في فرنسا** فإن الدائن لا يتوجه بتقديم طلب الحجز التنفيذي على العقار إلى القضاء , و إنما يتوجه مباشرة إلى المحضر القضائي المختص لمباشرة هذه الإجراءات و ذلك من خلال تبليغ محضر إلزام بالدفع , وفق شروط و شكليات حددها القانون الفرنسي [(3)].

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 229 .

(2) – راجع د / الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 112 .

(3) - voir Claude Brenner , op-cit , p 162-163 .
- et Gérard Couchez , op-cit , p 223 .
- et Georges de Laval , op-cit , p301.

## الفرع الأول

## تبليغ أمر الحجز للمدين (التنبيه بنزع ملكية )

يتم حجز العقار بعمل قانوني مركب يتكون من عنصرين , و هما تبليغ محضر الحجز و الأمر الصادر به إلى المدين أو الغير الحائز للعقار , و تسجيل تنبيه بنزع الملكية بالمحافظة العقارية , و كل عنصر من هذه العناصر وحدها لا تعتبر حجزا , فتبليغ محضر الحجز و أمر الحجز وحده لا يرتب آثار الحجز , و التسجيل الذي لا يسبقه تبليغ صحيح لا يكفي أيضا ليرتب هذه الآثار [(1)].

و لقد نصت المادة 725 ق.إ.م.إ على : ( يقوم المحضر القضائي بالتبليغ لأمر الحجز إلى المدين وإذا كان العقار و/أو الحق العيني العقاري مثقلا بتأمين عيني للغير , و جب القيام بالتبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى هذا الأخير مع إخطار مفتشية الضرائب .

و ينذر المدين بأنه إذا لم يدفع مبلغ الدين في أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي , يباع العقار و/أو الحق العيني العقاري جبرا عليه , و يودع أمر الحجز على الفور , أو في اليوم الموالي للتبليغ الرسمي كأقصى أجل في مصلحة الشهر العقاري التابع لها العقار , لقيد أمر الحجز , و يعد العقار و/أو الحق العيني العقاري محجوزا من تاريخ القيد ).

و عليه نشير أن المشرع لم يستعمل مصطلح التنبيه بنزع الملكية , أو الإنذار بنزع الملكية وغيرها من المصطلحات القانونية التي تفيد بإلزام المدين بالوفاء , رغم أن هذا الإجراء يهدف أساسا إلى هذا الأمر , حيث أن المشرع الجزائري استعمل عبارات واضحة تفيد بتوقيع هذا الإجراء مثل ينذر المدين و إذا لم يدفع مبلغ الدين و يباع العقار , و عليه نرى أن كان على المشرع الجزائري أن يستعمل المصطلح القانوني المستعمل لوصف هذا الإجراء .

و يتضح من نص المادة السالفة الذكر , أن تبليغ أمر الحجز و الإنذار بالوفاء يعد الإجراء الذي تبدأ به إجراءات حجز العقار , و به يكلف الدائن مدينه بالوفاء الاختياري , و إلا فعليه أن يتحمل إجراءات نزع ملكية عقاره جبرا عنه [(2)].

و نلاحظ أن المشرع الجزائري في التعديل الأخير حسم الخلل الذي كان في قانون الإجراءات المدنية القديم , حيث كان تبليغ أمر الحجز إلى المدين يعتبر مقدمة من مقدمات التنفيذ وليس إجراء من إجراءاته ومع التعديل الجديد أصبح قيد أمر الحجز في نفس اليوم أو اليوم الموالي كأقصى أجل , وهذا ما نصت

---

(1) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 393 .

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 631 .

عليه المادة 3/725 ق.إ.م.إ : ( يودع أمر الحجز على الفور , أو في اليوم الموالي للتبليغ الرسمي كأقصى أجل في مصلحة الشهر العقاري التابع لها العقار , لقيد أمر الحجز ويعد العقار و/أو الحق العيني العقاري محجوزا من تاريخ القيد ) (1).

و يتم تبليغ الحجز بورقة من أوراق المحضرين , و بالتالي يجب أن تتضمن يجب أن يتضمن الأمر ثلاث بيانات جوهرية حددتها المادة 724 ق.إ.م.إ تحت طائلة قابلية الأمر للإبطال و بالرجوع إلى نص المادة 724 ق.إ.م.إ حددت هذه البيانات فيما يلي :

**1** – نوع السند التنفيذي الذي بموجبه تم الحجز , و تاريخه و الجهة التي أصدرته و مبلغ الدين المطلوب الوفاء به.

**2** – تاريخ التبليغ الرسمي للتنفيذي , و تاريخ تكليف المدين بالوفاء و قيمة الدين.

**3** – تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري تعيينا دقيقا , لا سيما موقعه و حدوده و نوعه و مشتملاته و مساحته , و رقم القطعة و اسمها عند الاقتضاء , مفرزا كان أو مشاعا , و غيرها من البيانات التي تفيد تعيينه , و إذا كان العقار بناية , يبين في سند الأمر عنوان الشارع و رقمه و أجزاء العقار .

**و في مصر** فإن إجراءات الحجز التنفيذي على العقار تبدأ بتبليغ التنبيه بنزع الملكية إلى المدين وهذا ما نصت عليه المادة 401 مرافعات مصري : ( يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين لشخصه أو لموطنه على البيانات الآتية :

**1** – تبيان نوع السند التنفيذي و تاريخه و مقدار الدين المطلوب الوفاء به.

**2** – و تاريخ إعلان السند.

**3** – إعذار المدين بأنه إذا لم يدفع الدين يسجل التنبيه و يباع عليه العقار جبرا .

**4** – وصف العقار مع بيان موقعه و مساحته و حدوده و أرقام القطع و أسماء الأحواض و أرقامها التي يقع فيها , و غير ذلك مما يفيد في تعيينه و ذلك بالتطبيق لقانون الشهر العقاري .

---

(1)– ( لا يعتبر العقار قد حجز بمجرد تحرير محضر الحجز و تبليغ أمر الحجز إلى المحجوز عليه ، و إن كانت إجراءات التنفيذ تعتبر قد بدأت بهذا التبليغ , لأن المسلم به أن التعامل في العقارات لا يكون له أثر بترتيب الحقوق العينية عليها أو زوالها إلا باتخاذ إجراءات الشهر التي يتطلبها القانون حماية للغير ، حتى لا يقعوا فريسة النصب و الاحتيال لعدم إمكان حيازة العقار حيازة مادية على غرار حيازة المنقول ، لذلك لا تترتب آثار الحجز عليه إلا بتسجيل الحجز بمكتب الرهون ) ، هذا و بالرجوع إلى نص المادة 379 التي تنص : ( يودع أمر الحجز خلال شهر من التبليغ مكتب الرهون الكائن بدائرته موقع الأموال لكي يسجل في السجل المنصوص عليه القانون ، و عند إتمام هذا الإجراء يعتبر ما جرى من أعمال بمثابة حجز نهائي و يترتب عليه وضع العقار بين يدي القضاء ) و منه نرى أنه كان هناك خلل كبير في إجراءات الحجز التنفيذي على العقار ، فالمدة كبيرة و شاسعة بين تبليغ أمر الحجز و تسجيله بمكتب الرهون ، مما يتيح للمدين فرصة تهريب أمواله ، و عليه حسنا ما فعل المشرع الجزائري حينما ألزم المحضر القضائي بقيد أمر الحجز في نفس اليوم أو اليوم الموالي كأقصى أجل .

– أنظر أ / أحمد خلاصي ، في مرجعه السابق ، ص 370.

و للدائن أن يستصدر بعريضة أمرا بالترخيص للمحضر القضائي بدخول العقار للحصول على البيانات اللازمة لوصف العقار و مشتملاته , و له أن يصطحب من يعاونه في ذلك , و لا يجوز التظلم من هذا الأمر .

**5** – تعيين موطن مختار للدائن المباشر للإجراءات في البلدة التي بها مقر محكمة التنفيذ .

و إذا لم تشتمل ورقة التنبيه على البيانين 1, 3 من هذه المادة كانت باطلة , فإذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء وفقا للمادة 281 ) .

و عليه يجب تبليغ تنبيه نزع الملكية إلى شخص المدين أو في مقامه , و يرجع في ذلك للقواعد العامة في الإعلان فلا يجوز إعلانه في موطنه المختار الذي كان يباشر من خلاله الدعوى التي انتهت بصدور الحكم المعتبر سندا تنفيذيا على العقار , و مخالفة قواعد الإعلان ترتب البطلان , كما يجب أن يتضمن الإعلان بعض البيانات الإلزامية , و هي بيان نوع السند التنفيذي و تاريخه , و تاريخ إعلانه و مقدار الدين المطلوب الوفاء به , و في الأخير إعذار المدين بأنه إذا لم يدفع الدين يسجل التنبيه ويباع العقار جبرا عنه [1].

**و في فرنسا** فمبوجب القانون الصادر سنة 1806 , فإن تحرير محضر الحجز لا يكون إلا بعد انقضاء مهلة شهر من تاريخ تبليغ الإلزام بالدفع , و لكن هذا الوضع نتج عنه إمكانية تحايل المدين بالإضافة إلى طول المدة و كثرة النفقات , لهذا أدمج المرسوم التشريعي الصادر في 17 جوان 1938 الإجراءين , و بالتالي أصبح يتم إعلان الإلزام بالدفع – commandement de payer– و تحرير محضر حجز بموجب إجراء واحد , و قد أبقى التعديل الصادر سنة 2006 على هذا الوضع , وأضاف عليها حكما أخر بحيث أصبح الحجز يرتب آثاره من تاريخ تبليغ الإلزام بالدفع و تحرير محضر الحجز و هذا ما نصت عليه المادة د / 27 الفقرة الرابعة و الفقرة الثالثة عشر , وعلى اعتبار أن تبليغ الإلزام بالدفع يتم بموجب ورقة من أوراق المحضرين فيجب أن تتضمن فظلا عن البيانات التي تتضمنها أوراق المحضرين البيانات التي نصت عليها المادة 15 من المرسوم الصادر بتاريخ 27 جويلية 2006 و تتمثل هذه البيانات الإلزامية تحت طائلة قابلية المحضر للبطلان فيما يلي[2] :

**4** – إعلام المدين بأن هذا التبليغ يعتبر حجزا و بالتالي يترتب عليه وضع العقار تحت يد القضاء وتعيين المدين حارسا عليه .

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 637 .
– وراجع فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 633 .

(2)– voir Claude Brenner , op-cit , p 163 .
- et voir Gérard Couchez , op-cit , p 224 .
- et George de Laval , op-cit ,301 .

**5** – في حالة ما إذا كان العقار مؤجر , يجب إنذار المدين بتقديم معلومات لمعرفة المستفيد .
**6** – ذكر إمكانية دخول المحضر القضائي إلى العقار و تحرير محضر يتضمن وصفا للعقار .
**7** – تحديد قاضي التنفيذ المختص إقليميا و ذلك لمعرفة إجراءات الحجز و تقديم الاعتراضات .
**8** – ذكر كافة الحقوق المخولة للمدين , مثل البحث عن مشتري للعقار من أجل البيع الاختياري و إمكانية الاستفادة من مساعدة قضائية و غيرها من الحقوق .

و نشير أن بطلان محضر تبليغ الإلزام بالدفع , يخضع للقواعد العامة لبطلان الإجراءات و لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه , عليه فإن بطلان محضر الحجز لعيب شكلي بسيط , لا يؤدي إلى بطلان محضر الحجز إلا إذا أثبت من يدعيه عدم احترام الإجراءات الشكلية .

و في الأخير نلاحظ أن التشريعات الثلاث تتحد في جعل محضر تبليغ أمر الحجز في الجزائر أو التنبيه بنزع الملكية في مصر , أو محضر الإلزام بالدفع في فرنسا يرتب آثاره من تاريخ التبليغ بعدما كانت ترتب هذا الأثر من تاريخ قيد أمر الحجز في المحافظة العقارية , و نظرا لاختلال هذا الوضع تداركت التشريعات هذا الأمر , و تم تعديله , كما نلاحظ بعض الاختلافات البسيطة بين التشريعات وخاصة التشريع الفرنسي , مثل وجوب توكيل محام , و إمكانية بيع العقار من طرف المدين بيعا اختياريا و بترخيص من القضاء , و على العموم فإن أحكام التبليغ و ترتيب آثارها يتشابه بين التشريعات التالية .

## الفرع الثاني
## تبليغ أمر الحجز (التنبيه بنزع ملكية) للغير

من المفترض أساسا أن المحجوز عليه هو نفسه صاحب العقار أو الحق العيني المحجوز عليه غير أنه قد يرد الحجز على العقار أو حق عيني عقاري غير مملوك للمدين , و قد يبدو غريبا للوهلة الأولى الحديث عن حجز عقار غير المدين , في ظل المبدأ الأساسي الذي يقتضي أن يكون المال محل التنفيذ مملوكا للمدين , و مع ذلك فلا غرابة إذا علمنا أن حجز عقار غير المدين إنما يكون في حالتين بين الغير فيهما و بين المدين رابطة قانونية تبرر هذا الحجز , رغم أنه ليس مدينا شخصيا للدائن وليس مسئولا مسؤولية شخصية أو مباشرة عن الدين , و هو الحائز من ناحية و الكفيل العيني من ناحية أخرى.

و عليه تقتضي رعاية مصلحة حائز العقار و الكفيل العيني اتخاذ بعض الإجراءات الخاصة فضلا عن الإجراءات العادية التي تتخذ في حالة التنفيذ على العقار , و عليه سنحاول معرفة مفهوم الحائز , و الإجراءات التي يجب اتخاذها في مواجهته , و ثانيا التطرق إلى معرفة مفهوم الكفيل العيني

و كذلك الإجراءات التي يجب أن تتخذ في مواجهته [1].

أ - **<u>حجز العقار تحت يد الحائز</u>** : لم يكن قانون الإجراءات التنفيذية القديم ينظم أحكام الحجز التنفيذي على العقار , رغم أن هذه الحالة كثيرة الحدوث , و قد تدارك المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية , و قد نص على هذا بموجب المادة 726 بقولها : ( إذا كان الدائن الحاجز دائنا ممتازا , له تأمين عيني على العقارات المراد حجزها , يقوم بالتبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى حائز العقار المرهون , و إلى الكفيل العيني إن وجد .

لحائز العقار المرهون أو الكفيل العيني الخيار بين الوفاء بالدين أو التخلية أو قبول إجراءات الحجز والبيع ) .

و إذا كان العقار محملا بحق عيني تبعي نافذ في مواجهة الغير , ثم انتقلت ملكية العقار إلى أخر غير مسئول شخصيا عن الدين , فإن هذا الشخص يسمى حائزا , و قد نصت المادة 911 من القانون المدني الجزائري : ( يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن يقوم بنزع ملكية العقار المرهون من يد الحائز لهذا العقار , إلا إذا اختار الحائز أن يقض الدين أو يطهر العقار من الرهن أو التخلي عنه ) [2].

و عليه فالحائز الذي يجب على الدائن المنفذ أن يتخذ بالنسبة له الإجراءات الخاصة , من إعلان أمر الحجز و تسجيله من آل إليه العقار بعقد مسجل قبل تسجيل تنبيه بالنسبة للدائن في يد المدين وللتنفيذ على عقار الحائز يفرق بين فرضين [3]:

---

(1) - راجع / القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 133 .

(2) - راجع د / محمود السيد التحيوي ، المرجع السابق ، ص 232 .

(3) - في تحديد الحائز أنظر د / سعد زغلول ، المرجع السابق ، ص 379 .

- ( و الوارث في الشريعة الإسلامية لا يعتبر حائزا للعقار المرهون , و لكن لسبب آخر فهو إن لم يكن مسئولا شخصيا عن دين الوارث ، إلا أن المبدأ القاضي بألا تركة بعد سداد الدين من شأنه ألا يجعل ملكية العقار المرهون تنتقل إليه من المورث بعد سداد الدين المضمون بالرهن ، أي بعد زوال الرهن ، بلا محل إذن لأن يكون حائزا لعقار مرهون ، و إذا صفيت التركة وفقا للإجراءات التي نضمها القانون ، و وقع في نصيب الوارث عقار مرهون ، و تحمل ما عليه من الدين طبقا لقواعد تقسيم الديون المؤجلة على الورثة فإن الوارث يكون في هذه الحالة مسئولا شخصيا عن الدين ، و بالتالي لا يجوز اعتباره حائزا للعقار المرهون ، وأما الموصى له والشفيع ومن ملك العقار بالتقادم فإن هؤلاء جميعا يعتبرون حائزين للعقار ، ولهم حق الخيار المتقدم.

- و راجع أيضا د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 688

- و أنظر عكس هذا الرأي د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 322 الذي ( يرى أن مالك العقار لا يعتبر حائزا , إذ أن هذه الملكية لم تنتقل بتصرف المالك ، و من ناحية أخرى فإنه يجب أن يكون الحق المكتسب على العقار , هو حق ملكية أو حق متفرع عنه ينتقص من حق الملكية و يمكن التنفيذ عليه ، و لهذا فإنه لا يعتبر حائزا الشخص الذي لا تتوفر لديه سوى حيازة قانونية أم مادية على العقار ، فالحيازة بالمعنى المفهوم في نظرية الحيازة ليست كافية ، كما أنه ليست لازمة و تطبيقا لهذا لا يعتبر الدائن المرتهن حيازيا حائزا للعقار ) .

– **الفرض الأول** : أن يكون تسجيل التصرف إلى الحائز قبل تسجيل الحجز , و عندئذ لا يكون هذا التصرف نافذا في مواجهة الدائن الحاجز , و لهذا الأخير أن يتابع إجراءات الحجز في مواجهة المدين متجاهلا تماما وجود هذا الحائز الذي لا يلتزم في مواجهته باتخاذ أي إجراء (1).

– **الفرض الثاني** : أن يسجل التصرف إلى الحائز قبل قيد أمر الحجز , و لو بعد إعلانه و عندئذ يكون التصرف نافذا في مواجهته , و يؤدي هذا التصرف إلى إخراج العقار من ملك المدين , و يمنع دائنيه من التنفيذ عليه , غير أن هذا المنع لا يسري على الدائن صاحب الحق العيني التبعي على العقار فلهذا الأخير ميزة تتبع بالتنفيذ على العقار في أي يد كان .

**و نشير أن المشرع المصري** يذهب إلى تقرير نفس الإجراءات , حيث عرف المشرع المصري الحائز بموجب المادة 2/1020 من القانون المدني المصري , و قد نصت المادة 411 مرافعات مصري على إجراءات إنذار الحائز بقولها : ( إذا كان العقار مثقلا بتأمين عيني و آل إلى حائز بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه وجب إنذاره بدفع الدين أو تخلية العقار و إلا أجرى التنفيذ في مواجهته ) كما أوجب القانون المدني المصري هذا الإنذار كذلك بموجب المادة 1072 منه .

**و أما المشرع الفرنسي** فلم ينص كذلك على اجراءات تبليغ الحائز , و بعد تردد كبير جاء التعديل بتاريخ 21–27 جويلية 2006 و نص على إجراءات تبليغ الإلزام بالدفع إلى الحائز بمقتضى ما للدائن الحاجز من حق التتبع , و هذا ما نصت عليه المادة د /16 من القانون الصادر 27 جويلية 2006 و يتم تبليغ الحائز في التشريع الفرنسي بعد أن يتم تبليغ الإلزام بالدفع إلى المدين , و بنفس المضمون إلا أن إنذار المدين بأن يدفع مبلغ الدين و المصاريف خلال أجل ثمانية أيام من تاريخ التبليغ تستبدل بإنذار الحائز بأن يدفع مبلغ الدين , أو تخلية العقار خلال أجل شهر , و كذلك يجب أن يتضمن محضر تبليغ الحائز إعلامه بأنه في حالة عدم القيام بذلك , فإن إجراءات الحجز العقاري ستتخذ في مواجهته و يتحمل تبعات هذا الإجراء , أي يحجز العقار و يصار إلى بيعه بالمزاد العلني (2).

**ب –<u>حجز عقار الكفيل العيني</u> :** الكفيل العيني شخص يقدم عقاره رهنا لضمان دين في ذمة شخص آخر دون أن يكون هو مسئولا عنه مسؤولية شخصية , و هو إن اشتبه مع الحائز في العنصر الأخير المتعلق بانتفاء المسؤولية الشخصية , إلا أنه يفترق عنه في أن العقار محل الحجز لم يكن مملوكا

---

(1) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 423 .
– و راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 648 .

(2) –voir Claude Brenner , op-cit , 169 .
- et Gérard Couchez , op-cit , 230 .

للمدين و انتقل منه إليه , بل أن العقار عقاره بداية ، و وضعه باختياره محلا لرهن ضمانا لدين غيره على عكس الحائز الذي انتقل إليه العقار محملا بالتأمين دون أن يكون له يد في ترتيبه [1].

ولم يكن ينظم **التشريع الجزائري** إجراءات الحجز التنفيذي على الكفيل العيني مثله مثل الحائز وهذا إقتداء بالتشريع الفرنسي و التشريع المصري , إلا أنه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد نص على هذه الإجراءات , و ذلك بموجب المادة 726 منه , و نشير أن المشرع الجزائري قد نص على إجراءات الحجز على الحائز و الكفيل العيني بموجب مادة واحدة , و هذا ما يستفاد منه أن المشرع قصد من ذلك توحيد إجراءات الحجز التنفيذي سواء على الحائز أو الكفيل العيني , و هذا على خلاف اتجاه الفقه في فرنسا و مصر بأن إجراءات الحجز التنفيذي على الحائز تختلف عن الكفيل العيني , فيرى الأستاذ "سيزار برو" أن ينبه على المدين ثم ينذر الكفيل العيني بالدفع أو التخلية , فإذا لم يقبل التخلية فمعنى هذا أنه قبل الدفع , و يصبح مدينا و مسئولا شخصيا عن الدين , فيوجه إليه التنبيه على هذا النحو [2].

**و أما في مصر** فيتجه الفقه إلى القول باختلاف إجراءات الحجز التنفيذي على العقار على الحائز والكفيل العيني , و سندهم في ذلك نص المادة 8/401 مرافعات مصري , حيث تنص على : ( إذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء تطبيقا للمادة 281 ) , ومقتضى نص المادة السالفة الذكر , أنه يتعين على الدائن الحاجز اتخاذ مقدمات التنفيذ في مواجهة المدين الأصلي بإعلانه السند التنفيذي و تكليفه بالوفاء , باعتبار أنه المسئول الشخصي عن الدين , لعله يوفي اختيارا , أما إجراءات التنفيذ التي تبدأ بإعلان التنبيه بنزع الملكية و تسجيله فإنها تتم في مواجهة الكفيل العيني و باسمه لا في مواجهة المدين [3].

و عليه نرى أن هذا الرأي موفق للمشرع الجزائري في توحيد إجراءات الحجز التنفيذي على العقار سواء على الحائز و المدين في غير محله , و هذا لسبب وجيه وهو أن الكفيل العيني يختلف عن الحائز في أن العقار محل التنفيذ لا يكون مملوكا للمدين من قبل , لهذا من غير المفيد تسجيل التنبيه على اسم المدين , ومن ناحية آخرى فإن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى عدم توفير حماية للغير الذي يتعامل في العقار , كما أنه لا وسيلة لعلم المتعامل مع الكفيل العيني بسبق الحجز على العقار بما أنه قد سجل

---

(1) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 382 .
(2) – نشير أن القانون الإيطالي ينص على أن يطبق بالنسبة لكل من الحائز و الكفيل العيني إجراءات واحدة .
(3) – راجع د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 675 .
– و راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 430 .

التنبيه على اسم المدين , لهذا نؤيد الرأي القائل بأن يتم التنفيذ ضد الكفيل العيني ويكلف المدين بالوفاء قبل التنفيذ ضد الكفيل العيني , و تكليف المدين بالوفاء علته أن المدين هو الملتزم بالدين , فيجب تكليفه قبل بداية التنفيذ على الكفيل , عسى أن يفي بالدين [1].

## الفرع الثالث

## إيداع أمر الحجز و إخطار مصالح الضرائب

لقد انفرد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد باستحداث إجراءين جديدين , لم يكن ينص عليها قانون الإجراءات المدنية القديم,و تتمثل هذه الإجراءات في إيداع أمر الحجز على الفور أو في اليوم الموالي لأمر الحجز في المحافظة العقارية,و إخطار إدارة الضرائب , وعليه سنحاول التطرق إلى أحكام هذه الإجراءات الجديدة .

**أ – <u>إيداع أمر الحجز</u> :** لقد أوجب المشرع الجزائري على المحضر القضائي الذي يقوم بإجراء تبليغ أمر الحجز , أن يقوم بإيداع أمر الحجز بالمحافظة العقارية , و ذلك لما لعملية القيد من آثار بالنسبة للدائن الحاجز و المدين المحجوز عليه و حتى بالنسبة للغير , و قد قيد المشرع الجزائري القيام بهذا الإجراء بوقت وجيز جدا , و ذلك حتى لا تترك فرصة للمدين للقيام بأي تصرف لأجل تهريب أمواله إذ لا يعتبر العقار محجوزا بمجرد تبليغ أمر الحجز , هذا ما يفسر وجوب قيد أمر الحجز على الفور أو في اليوم الموالي للتبليغ الرسمي كأقصى أجل , كما أن لقيد أمر الحجز آثر بالنسبة للغير فمن المسلم به أن التعامل في العقارات لا يكون له أثر بترتيب الحقوق العينية عليها أو زوالها إلا باتخاذ إجراءات الشهر التي يتطلبها القانون حماية للغير حتى لا يقعوا فريسة النصب والاحتيال لعدم إمكان حيازة العقار حيازة مادية على غرار حيازة المنقول , لذلك لا تترتب آثار الحجز على العقار إلا بإيداع أمر الحجز بالمحافظة العقارية التابع لها العقار , هذا ما نصت عليه المادة 3/725 : ( يودع أمر الحجز على الفور أو في اليوم الموالي للتبليغ الرسمي كأقصى أجل في مصلحة الشهر العقاري التابع لها العقار لقيد أمر الحجز و يعد العقار و/أو الحق العيني العقاري محجوزا من تاريخ القيد ) [2].

---

(1) –راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 328 .

(2) – أنظر أ / عياد وهاب ، المرجع السابق ، ص 12 .

– و راجع أيضا د / عبد العزيز خليل إبراهيم بديوي ، المرجع السابق ، ص 199 .

و لقد أشار المشرع الجزائري إلى ضرورة إيداع أمر الحجز بالمحافظة العقارية التابع لها العقار ولم يشر إلى الإجراءات العملية التي تتم على مستوى المحافظة العقارية , كما لم يتطرق الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975.11.12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري وكذلك المرسوم التنفيذي له رقم 63/76 المؤرخ في 1976.03.25 المعدل و المتمم , إلا أن الفقه الإداري في مجال أملاك الدولة و الحفظ العقاري , قد حدد هذه الإجراءات بموجب التعليمة رقم 001303 الصادر عن إدارة أملاك الدولة بتاريخ 1999.03.13 , التي تبين كيفية إشهار أمر الحجز العقاري فيما يلي :

– يودع أمر الحجز العقاري على مستوى المحافظة العقارية التابع لها العقار , بمعرفة المحضر القضائي الذي يتولى عملية التنفيذ .

– يحرر الرسم المضمن الحجز في نسختين واحد ترد إلى مودعها بعد التأشير عليها و الثانية على استمارة نموذجية من نوع – إ.ع 6 –, يحتفظ بها بمكتب المحافظة العقارية و يجب أن تحتوي على بعض البيانات الجوهرية مثل تعيين كامل للأطراف , و هذا طبقا للمادة 62 من المرسوم 63/76 المشار إليه سابقا , و تشمل هوية الأطرف , اسم و لقب و اسم الأب , تاريخ و مكان الميلاد الجنسية لكل من الحاجز و المحجوز عليه (1).

– تعيين العقار المحجوز عليه تعيينا كاملا طبقا للمادة 66 من المرسوم المذكور أعلاه , و يتضمن طبيعة العقار , موقعه , مساحته حدوده , و إذا كان العقار ممسوحا فيعين بالقسم و رقم المجموعة.

– محتوى السند القضائي كما أصدره القاضي مع الإشهار في آخره على مطابقة ما جاء في محرره للنسخة الأصلية , و هذا وفقا لنص المادة 93 من المرسوم السابق ذكره آنفا (2).

و نشير أن المرسوم السالف الذكر قد أعطى للمحافظ العقاري صلاحيات واسعة تسمح له بقبول الإيداع أو رفضه , و حتى بعد قبول الإيداع يمكن له رفض القيد إذا ما تبين له أن الشروط المنصوص عليها قانونا ليست متوفرة , و نصت المادة 99 من نفس المرسوم على أنه يتعين على المحافظ العقاري إتمام إجراءات القيد بالنسبة لأوامر نزع الملكية في خلال ثمانية أيام , و تتفق المادة السالفة الذكر مع نص المادة 728 ق.إ.م.إ بإمهال المحافظ العقاري أجل ثمانية أيام للقيام بعملية القيد (3).

إن العقار محل القيد بالمحافظة العقارية , هو العقار المشهر فالبرجوع إلى المادة 88 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976.03.25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم على ما يلي

(1) – هي مطبوعة معدة سلفا تسلمها إدراة الحفظ العقاري .

(2)– راجع الموقع الإلكتروني التالي : http://etudiantdz.net/vb/t10907.html

(3) – أنظر د / ليلى زروقي ، المجلة القضائية ، الجزائر ، العدد الثاني ، سنة 1997 ، ص 25 .

– و أنظر القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 136 .

: ( لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوثائق ... ), و هذا ما يعبر عنه بقاعدة الأثر النسبي [1].

إن تأخر عملية المسح العام التي صدر في شأنها الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري , كما أن تعامل مؤسسات الدولة في آلاف العقارات بموجب مقررات إدارية غير مشهرة مثل توزيع أراض في المناطق الصناعية و توزيع أراض من طرف البلديات و الوكالات العقارية للبناء الذاتي إلى درجة أن الأملاك العقارية التي تفتقر لسندات ملكية مشهرة أصبحت تشكل أكبر وعاء عقاري مقارنة بالأملاك العقارية المشهرة [2].

و إن الوضع القائم فرض على المشرع الجزائري التجاوب معه , و منه جاء القانون رقم 07-02 المؤرخ في 2007.02.07 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري , بالإضافة إلى القانون رقم 08-15 المؤرخ في 2008.07.20 المحدد لقواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها و المراسيم التنفيذية المطبقة لأحكامه , وقدساير المشرع الجزائري هذا التوجه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية , فأجاز الحجز على العقارات غير المشهرة في حالة توافر سندات عرفية مسجلة بإدارة التسجيل , أو مقررات إدارية صادرة عن البلديات أو الوكالات العقارية ويخضع هذا النوع الجديد من الحجوز لنفس الإجراءات المتبعة في شأن الحجز التنفيذي على العقار المشهر بالمحافظة العقارية , و المتوفر على سند ملكية باستثناء ما يلي [3] :

1 - يرفق مع طلب الحجز مستخرج من السند العرفي أو المقرر الإداري للعقار المراد حجزه عوض سند الملكية .

2 - يقيد الحجز بسجل خاص على مستوى أمانة ضبط المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها العقار كما يقيد به الدائنين الذين لهم سندات تنفيذية في مواجهة المدين المحجوز عليه , عوض أن يقيد بالمحافظة العقارية المختصة .

3 - يرفق بقائمة شروط البيع مستخرج من السند العرفي أو المقرر الإداري للعقار المحجوز عوض عقد الملكية , و يباع العقار المحجوز في جلسة البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات بيع العقار المشهر المحجوز [4].

---

(1)– راجع الموقع الإلكتروني التالي: http://etudiantdz.net/vb/t10907.html

(2) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 225 .

(3) – المرجع نفسه ، ص 225 .

(4) – راجع بن هدنة نور الدين ، مقال بعنوان صلاحيات المحضر القضائي الجديدة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، ألقي على هامش ملتقى الجزائر المنعقد يومي 17 – 18 جانفي 2009 / ص 13 .

و في الأخير نشير أن التشريع المصري و التشريع الفرنسي لم يتضمنا مثل هذه الأحكام ( أحكام الحجز على العقارات غير المشهرة ) , و لكن بالمقابل تضمنا إجراء قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية التابع لها العقار , و هذا لسبب وجيه هو اختلاف وضع العقار في هذين البلدين , عن الوضع القائم في الجزائر , و بالتالي كان من الطبيعي خلو هذين التشريعين من أحكام الحجز التنفيذي على العقارات غير المشهرة .

**ب – <u>إخطار مصالح الضرائب</u> :** على غرار الحجز على العقارات غير المشهرة , استحدث المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد إجراء آخر و هو إخطار مصالح الضرائب و هذا ما نصت عليه الفقرة 725 ق.إ.م.إ : ( يقوم المحضر القضائي بالتبليغ لأمر الحجز إلى المدين و إذا كان العقار و /أو الحق العيني العقاري مثقلا بتأمين عيني للغير , و جب القيام بالتبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى هذا الأخير مع إخطار مفتشية الضرائب بالحجز ) .

و لقد أشار المشرع الجزائري إلى إجراء إخطار مفتشية الضرائب بالحجز , و عليه و من خلال نص المادة السالفة الذكر فإنه يمكن إبداء الملاحظات التالية :

**1** – لقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح الإخطار بدلا عن التبليغ , و لم يحدد كيفية إجرائه فهل يتم إخطار مصالح الضرائب بموجب ورقة من أوراق المحضرين , أم عن طريق رسالة مضمنة مع الإشعار بالوصول , أم أنه يمكن أن يتم إخطار شفاهة , و نرى أن إخطار مصالح الضرائب عن طريق رسالة مضمنة هو الأكثر ملائمة باعتبار أن الإجراء لا ينطوي على تبليغ رسمي .

**2** – لم يحدد المشرع الجزائري طبيعة هذا الإجراء , فهل هو إجراء وجوبي على المحضر القضائي القيام به , أم أنه إجراء اختياري يمكنه عدم إجرائه , و لا يترتب على ذلك أي مسؤولية مدينة للمحضر القضائي .

**3** – لم يحدد المشرع الجزائري الأثر المترتب على هذا الإجراء في إطار الحجز التنفيذي على العقار أم أنه إجراء عرضي لا أثر له على إجراءات التنفيذ سواء تم القيام به أو لم يتم القيام به ,أم أن إجراء إخطار مصلحة الضرائب من شأنه إدخال مصلحة الضرائب في إجراءات الحجز على اعتبار أن ديون الدولة المستحقة على الأفراد تعتبر ديون ممتازة و بالتالي تتدخل مصلحة الضرائب لتحصيل مستحقاتها.

و عليه نرى أن هناك العديد من الملاحظات في شأن هذا الإجراء , لا توجد إجابات واضحة لها في نص المادة السالفة الذكر , و حسب رأيينا فإن نص المشرع الجزائري على هذا الإجراء ليس له أي علاقة مع إجراءات التنفيذ الجبري , و إذ نص عليه المشرع الجزائري فذلك لأن عملية الحجز التنفيذي على العقار هي وسيلة لتحصيل مبالغ مالية مستحقة للأفراد , و بالتالي من الطبيعي أن تتدخل مصالح الضرائب لتحصيل مستحقاتها من عملية البيع الجبري .

## المطلب الثاني
## إجراء القيد و آثاره

يعتبر إجراء قيد أمر الحجز أهم إجراء في مجال الحجز التنفيذي على العقار , فمن خلال هذا الإجراء يعتبر العقار محجوزا و يوضع العقار في يد القضاء , و تتجه التشريعات الثلاث – التشريع الجزائري و الفرنسي و المصري – إلى تقرير نفس الحكم أي أن الحجز التنفيذي على العقار لا يرتب آثاره إلا من تاريخ قيد أمر الحجز في المحافظة العقارية , مع اختلاف بسيط في التشريع الفرنسي إذ يتقرر هذا الأثر بالنسبة للمدين من تاريخ تبليغ الإلزام بالدفع , أما بالنسبة للغير فمن تاريخ إشهار الإلزام بالدفع .

و لقد أشرنا سابقا أنه يتوجب على المحضر القضائي فورا بعد تبليغ أمر الحجز إلى المدين أو الغير أن يقوم بإيداع أمر الحجز بالمحافظة العقارية إذا كان العقار مشهر , أو في سجل خاص يخصص لهذا الأمر على مستوى كتابة ضبط المحكمة بالنسبة للعقارات غير المشهرة , وعليه وبعدها يتولى المحافظ العقاري القيـام بالإجـراءات التاليـة بعد إيداع أمر الحجز , و بالرجوع إلى نص المادة 728 من ق.إ.م.إ : ( يجب على المحافظ العقاري , قيد أمر الحجز من تاريخ الإيداع و تسليم شهادة عقارية إلى المحضر القضائي , أو إلى الدائن الحاجز , خلال أجل أقصاه ثمانية (8) أيام , و إلا تعرض للعقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول .
تتضمن الشهادة العقارية جميع القيود و الحقوق المثقلة للعقار أو الحق العيني العقاري و كذا أسماء الدائنين و موطن كل منهم ) .

**و أما في القانون المصري** , فقد نصت المادة 402 مرافعات مصري على أنه : ( يسجل تنبيه نزع الملكية في كل من مكاتب الشهر التي تقع في دائرتها العقارات المبينة في التنبيه ) , هذا و لم يحدد المشرع المصري ميعادا يجب فيه تسجيل تنبيه نزع الملكية من تاريخ التنبيه , و هذا على خلاف ما كان ينص عليه القانون السابق , غير أن المشرع المصري أدرك خطورة الآثار المترتبة على التسجيل من حيث كونها هي بعينها آثار الحجز , فأوجب في الإجراء التالي للتسجيل إيداع قائمة شروط البيع أن يتم خلال ميعاد معين و هو تسعون يوما من تاريخ التسجيل , و إلا أعتبر كأن لم يكن و هذا وفقا للمادة 414 مرافعات مصري [1].

---

(1) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق 432 .
– و راجع أيضا د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 641–642 .

**و أما في القانون الفرنسي** فقد أشرنا سابقا إن تبليغ الإلزام بالدفع إلى المدين يعتبر بمثابة حجز وبالتالي يترتب على ذلك كل آثار الحجز التنفيذي على العقار ,و أما بالنسبة للغير فإنه لا يمكن الاحتجاج في مواجهته إلا من تاريخ قيد الإلزام بالدفع بالمحافظة العقارية , و هذا ما تضمنه المادة 1/2200 من القانون المدني الفرنسي بنصها على أنه :(الحجز العقاري لا يكون نافذا في مواجهة الغير إلا من تاريخ إشهاره في السجل العقاري ) , و تتفق هذه المادة مع نص المادة 25 من المرسوم الصادر في 27 جويلية 2006 و يتم الإشهار وفقا للأحكام المرسوم رقم 55–22 الصادر بتاريخ 4 جانفي 1955 , و المرسوم رقم 55–1350 الصادر بتاريخ 14 أكتوبر 1955 , و عملا بأحكام المادة 19 /1 من المرسوم الصادر بتاريخ 27 جويلية 2006 , حيث يتم إجراء الشهر بإيداع نسختين من محضر الإلزام بالدفع , النسخة الأولى أصلية و النسخة الثانية صورة طبق الأصل مصادق عليها من طرف المحضر القضائي , و هذا وفقا لأحكام المادة 35 من المرسوم الصادر بتاريخ 4 جانفي 1955 و المادة 79 من المرسوم الصادر بتاريخ 14 أكتوبر 1955 المعدل بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 27 جويلية 2006 , و يتم قيد الإشهار في سجل خاص , و هذا وفقا لأحكام المادة 2453 من القانون المدني الفرنسي .

**هذا ما سنحاول بيانه بشيء من التفصيل في الفروع التالية :**

## الفرع الأول

## إجراء القيد

لقد أشارت المادة 725 من ق.إ.م.إ إلى ضرورة إيداع أمر الحجز على الفور , أو في اليوم الموالي للتبليغ الرسمي كأقصى أجل في مصلحة الشهر العقاري التابع لها العقار لقيد الأمر , أما المادة 728 من نفس القانون فأشارت إلى ضرورة قيد أمر الحجز من طرف المحافظ العقاري , في أجل ثمانية أيام من تاريخ الإيداع في أجل أقصاه ثمانية أيام , و هذا ما تضمنه مضنون المادة السالفة الذكر بقولها : ( يجب على المحافظ العقاري , قيد أمر الحجز من تاريخ الإيداع و تسليم شهادة عقارية إلى المحضر القضائي , أو إلى الدائن الحاجز , خلال أجل أقصاه ثمانية أيام , و إلا تعرض للعقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول .

و تتضمن الشهادة العقارية جميع القيود و الحقوق المثقلة للعقار أو الحق العيني العقاري و كذا أسماء الدائنين و موطن كل منهم ) .

و يقوم المحضر القضائي بعد حصوله على أمر الحجز التنفيذي على العقار , و تبلغيه للمدين والغير بتحرير العقد المتضمن إيداع أمر الحجز العقاري في أصل و نسختين , على أن تكون إحدى النسخ على نموذج تسلمه الإدارة – إ.ع .6 –PR6– و يودع العقد في نسختين دون الأصل الذي يبقى لدى المحضر القضائي مقابل وصل يسلمه المحافظ العقاري يتضمن مراجع قيد الأمر , و يجب تسديد رسم الإشهار العقاري مسبقا و المحدد بمبلغ 1000 دج تحت طائلة رفض الإيداع , و بعد قيد الأمر يسلم تلقائيا المحافظ العقاري شهادة عقارية تثبت لإشهار الحجز و الأعباء التي تثقل العقار من حجوز و رهون و امتيازات تطبيقا لنص المادة 728 من ق.إ.م.إ و ذلك في أجل أقصاه 08 أيام تحت طائلة عقوبات تأديبية للمحافظ العقاري , و بعد استكمال قيد أمر الحجز في السجل العقاري يوضع تأشيرة القيد على النسخة الأولى التي يقوم بتسليمها إلى المحضر القضائي (1).

إن المحافظ العقاري حينما يقوم بإجراءات قيد أمر الحجز , يجب عليه أن يتقيد ببعض البيانات التي حددتها المادة 729 ق.إ.م.إ : ( عند قيام المحافظ العقاري بقيد أمر الحجز , يجب ذكر تاريخ وساعة الإيداع و ينوه بهامشه و بترتيب ورود كل أمر حجز سبق قيده , مع ذكر اسم و لقب و موطن كل الدائنين و الجهة القضائية التي أصدرت أمر الحجز ) , و عليه فمثلما أوجب المشرع الجزائري إيداع أمر الحجز على الفور في مصلحة الشهر العقاري التابع لها العقار لأجل قيد أمر الحجز , فقد فرض على المحافظ العقاري تحت طائلة تعرضه للعقوبات كما أشارت المادة السالفة الذكر , قيد أمر الحجز من تاريخ الإيداع ، و عليه يمكن حصر هذه الإجراءات فيما يلي :

1 – قيد أمر الحجز من تاريخ الإيداع .
2 – يجب عند القيد , ذكر تاريخ و ساعة الإيداع , و ينوه بهامشه و بترتيب ورود كل أمر حجز سبق قيده مع ذكر اسم و لقب و موطن كل الدائنين و الجهة القضائية التي أصدرت أمر الحجز .
3 – تسليم شهادة عقارية إلى المحضر القضائي أو الدائن الحاجز خلال أجل أقصاه ثمانية أيام.
4 – يجب أن تتضمن الشهادة العقارية جميع القيود و الحقوق المثقلة للعقار أو الحق العيني العقاري وكذا أسماء الدائنين و موطن كل منهم.

و يترتب على إتمام إجراءات قيد أمر الحجز مجموعة من الآثار القانونية سواء في مواجهة المدين أو في مواجهة الغير , سنحاول التطرق إليها من خلال الفرع الثاني و الفرع الثالث , و لكن قبل هذا نشير إلى حالة تعدد الدائنين بعد قيد أمر الحجز , فقد أشارت المادة 727 ق.إ.م.إ : ( إذا تقدم دائن آخر بيده سند تنفيذي حائز لقوة الشيء المقضي به , بعد قيد أمر الحجز , و جب على المحضر القضائي تسجيله

(1) – راجع بلعياطي جمال ، مقال بعنوان إشهار الأحكام القضائية بالمحافظة العقارية ، ملتقى نظم من طرف الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين و الغرفة الجهوية للمحضرين القضائيين للشرق ، ملتقى قسنطينة بتاريخ 05 ديسمبر 2009 ، ص 60 .

مع الدائنين الحاجزين , و استصدار أمر على عريضة يتضمن قيده بالمحافظة العقارية مع بقية الدائنين و يصبح مند تاريخ التأشير به , طرفا في إجراءات التنفيذ .

و لا يجوز شطب التسجيلات و التأشيرات إلا بصدور أمر مخالف ) , و عليه إن توقيع الحجز على مال المدين لا يمنع حجزه مرة أخرى من دائن آخر , و لكن ليس بنفس الطريقة حتى لا تتعدد الإجراءات و قد تتعارض فيما بينها , و لتحقيق انسجام أكبر بين اتخاذ الإجراءات لعدة دائنين فيكفي أن يتقدم دائن للقيام بإجراءات تبليغ أمر الحجز و قيد , أما الدائن التالي فبعد قيد أمر الحجز عليه أن يتقدم إلى المحضر القضائي و استظهار سنده التنفيذي , وعلى هذا الأخير تسجيل هذا الدائن مع الدائنين الآخرين , و بالنسبة لقيد حجزه في المحافظة العقارية , يجب استصدار أمر على عريضة يتضمن قيده بالمحافظة العقارية مع بقية الدائنين , و يصبح مند تاريخ التأشير به طرفا في إجراءات التنفيذ [1].

و في الأخير و بالنسبة للعقارات غير المشهرة و التي سبق لنا الحديث عنها , فإن المشرع قد أدرج أحكاما خاصة تختلف عن أحكام العقارات المشهرة , فإذن لا مجال للحديث عن المحافظة العقارية و غيرها من الإجراءات , فبالنسبة لهذه العقارات فقد نصت المادة 776 ق.إ.م.إ : ( يفتتح بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار , سجل خاص لقيد الحجوز العقارية و قيد الدائنين الحاجزين و الدائنين الذين سندات في مواجهة المحجوز عليه ) .

## الفرع الثاني
## آثار قيد أمر الحجز في مواجهة المدين

تتمثل آثار حجز العقار كآثار كل حجز , في خضوع المال محل الحجز لنظام قانوني خاص هذا النظام القانوني بالنسبة للعقار لا يبدأ إلا اعتبارا من قيد أمر الحجز في التشريع الجزائري , و تسجيل تنبيه نزع الملكية بالمحافظة العقارية في التشريع المصري , و تبليغ الإلزام بالدفع إلى المدين في التشريع الفرنسي , و منه ترتبط آثار الحجز التنفيذي على العقار عموما بفكرة القيد , و هذا النظام الذي يتخذ سلطات الملكية على المال المحجوز محلا له , ليس إلا للمحافظة على حقوق الدائنين إلى أن يستوفوا حقوقهم من ثمنه بعد بيعه [2].

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 232 .

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 703 .

و لما كان الحجز لا يخرج العقار من ملك المدين المحجوز عليه , فإن له سلطة الاستعمال فإن كان العقار معدا للسكنى فله أن يبقى ساكنا بدون أجرة , وتبدوا الحكمة من هذا أن لا يعرض المدين وأسرته للتشريد لمجرد أنه مدين ممتنع عن الوفاء بديونه , وقد يكون ذلك نتيجة عدم قدرة حقيقية على الوفاء , وإن كان أرضا زراعية فله زراعتها , وله أن يأخذ منها ما يكفيه لمعيشته هو و أسرته (1).

و إذا لم يكن العقار مؤجرا اعتبر المدين حارسا إلى أن يتم البيع , و هذا ما نصت عليه المادة 730 ق.إ.م.إ : ( إذا لم يكن العقار المحجوز مؤجرا وقت قيد أمر الحجز , استمر المدين المحجوز عليه حائزا له بصفته حارسا إلى أن يتم البيع , ما لم يؤمر بخلاف ذلك .

للمدين المحجوز عليه الساكن في العقار أن يبقى ساكنا فيه بدون أجرة إلى أن يتم البيع ).

و إن بقاء المدين المحجوز عليه ساكنا في العقار , يجعل منه حارسا قضائيا و بالتالي إذا كان لا يدفع ثمن لاستغلاله للعقار , فإنه بالمقابل لا يستحق أي أجر على الحراسة , و عليه أن يبذل في إدارته عناية الرجل الحريص , و أن يمتنع عن إتلاف المال أو ثماره .

و إذا لم يكن المحجوز عليه محل ثقة , جاز للدائن أن يطلب من رئيس المحكمة تقييد سلطة المدين الحارس , أو عزله من الحراسة , بل نرى أنه يمكن للدائن أن يطلب الحكم له بطرد المدين إذا قام سبب جدي يبرر القيام بذلك (2).

و نجد أن **المشرع المصري** قد نص على نفس هذا الحكم بموجب المادة 407 مرافعات مصري بنصها : ( إذا لك يكن العقار مؤجرا اعتبر المدين حارسا إلى أن يتم البيع , ما لم يحكم قاضي التنفيذ بعزله من الحراسة أو بتحديد سلطته , و ذلك بناء على طلب الدائن الحاجز أو أي دائن بيده سند تنفيذي.

و للمدين الساكن في العقار أن يبقى ساكنا فيه بدون الأجرة إلى أن يتم البيع , و إذا كان العقار مؤجر اعتبرت الأجرة المستحقة عن المدة التالية لتسجيل التنبيه محجوزة تحت يد المستأجر وذلك بمجرد تكليف من الحاجز أو أي دائن بيده سند تنفيذي بعدم دفعها للمدين , و إذا وفى المستأجر قبل هذا التكليف صح وفاؤه و سئل عنها المدين بوصفه حارس ).

و كما أن التشريع الفرنسي يقرر نفس الأحكام التي سبق ذكرها , فبالرجوع إلى نص المادة 1/27 من المرسوم الصادر بتاريخ 27 جويلية 2006 التي تجيز للمدين أن يبقى ساكنا في العقار , لكنه في هذه الحالة يعتبر حارسا قضائيا له ما للحارس القضائي من حقوق , و بالمقابل تترتب عليه التزامات

---

(1) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 417 .

(2) – راجع أ / أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 392 –393 .

الحارس القضائي , كما أضافت المادة السالفة الذكر أنه يمتنع على المدين المحجوز عليه و الساكن للعقار المحجوز , أن يقوم بأي عمل مادي من شأنه أن ينقص من قيمة العقار , و يترتب في حالة القيام بذلك أن يلزم بدفع التعويضات عن الأضرار التي تسبب فيها , دون الإخلال بالجزاءات الجنائية المنصوص عليها في نص المادة 3146 من قانون العقوبات الفرنسي , كما يمكن للدائن أو المدين في حالة ما اقتضى الأمر أن يطلبا من قاضي التنفيذ السماح لهما بالقيام ببعض الأعمال المادية , و هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 27 من المرسوم السالف الذكر [1].

و في الأخير , و في حالة قيام المدين بخطأ جسيم , يمكن الحكم بطرد هذا الأخير بناءا على طلب الدائن و تعيين شخص أخر حارسا قضائيا على العقار , و هذا وفقا لأحكام المادة 3/2198 من القانون المدني الفرنسي [2].

ولقد أباح المشرع لصاحب حق الملكية استعمال هذا الشيء و استغلاله , و مع ذلك فإن إباحة هذه الحقوق على إطلاقها لمالك العقار المحجوز يتعارض مع مصلحة دائني هذا المالك , و بعد أن قدر المشرع أن مصلحة الدائنين أولى بالرعاية من حق المالك إذا تراخى عن الوفاء بالتزاماته قبل دائنيه ذلك أننا بصدد حماية تنفيذية و بالتالي من الطبيعي أن يفرض المشرع قيودا تحد من سلطة مالك العقار المحجوز عليه في التصرف في العقار وكذلك في تأجير العقار , وبالنسبة لحكم ثمار العقار المحجوز.

**أ – <u>تقييد سلطة المدين في التصرف في العقار</u>** : لا شك في أن خطر تهريب أمواله والتصرف فيها يبقى قائما حتى في الحجز التنفيذي على العقار , و بالتالي فإن تقييد سلطة المدين في التصرف في أمواله أمر بالغ الأهمية في تجسيد الحماية التنفيذية , و لعل المشرع الجزائري لم يغفل هذه الحقيقة ومنع المدين أو الحائز سواء كان مالكا للعقار المرهون أو الكفيل العيني من التصرف فيه بنقل ملكيته أو إنشاء حقوق عينية , و هذا عملا بنص المادة 735 من ق.إ.م.إ بنصها : ( لا يجوز للمدين المحجوز عليه و لا لحائز العقار , و لا الكفيل العيني , بعد قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية أن ينقل ملكية العقار و/أو الحق العيني العقاري المحجوز , و لا أن يرتب تأمينات عينية عليه , وإلا كان تصرفه قابلا للإبطال ) .

إن قراءة نص المادة 735 السالفة الذكر قراءة متأنية تثير بعض الملاحظات , فمنع المدين مالك العقار من التصرف فيه , أمر مبالغ فيه فلما كان الحجز لا يخرج المال من ملكية المدين , و بالتالي يمكن للمدين أن يتصرف في عقاره , و يكون تصرفه صحيحا في العلاقة بين طرفيه , و لكنه لا ينفذ في مواجهة الدائن الحاجز أو من رسى عليه المزاد العلني .

---

(1)- voir Gérard Couchez , op-cit , p 228 .

(2) - voir Claude Brenner , op-cit , 166-167 .

و تكييف جزاء التصرف في المال المحجوز , سواء كان عقارا أو منقولا يرتبط أساسا بالتكييف الصحيح للحجز باعتباره وصف قانوني يلحق بالمال المحجوز , و لا شأن له بأهلية المدين و لا بقدرته على التصرف , و بالتالي فإن تقرير المشرع الجزائري بطلان التصرف يكون قد جاوز الغرض من الحجز بل و جاوز تكييفه الصحيح , فالتصرف يكون صحيح بين طرفيه و بالتالي لا يسعنا الحكم ببطلان التصرف و تأسيسه على سبب جدي و منطقي , و منه فالمشرع الجزائري في رأينا لم يكن صائبا في تقرير بطلان التصرف [1].

وعلى عكس المشرع المصري الذي قرر عدم نفاذ التصرف القانوني في مواجهة الدائن الحاجز و الدائنين الآخرين , فبالرجوع لنص المادة 405 مرافعات مصري التي تنص على : ( لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العيني في العقار , و لا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز في حق الحاجزين و لو كانوا دائنين عاديين , و لا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة 417 و لا من حكم بإيقاع البيع عليه إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ) كما نجد أن المشرع الفرنسي يقرر نفس الجزاء , فتصرف المدين في أمواله بعد تبليغ الإلزام بالدفع لا يحتج به في مواجهة الدائن الحاجز أو الذي آل إليه العقار بعد إتمام عملية البيع أي من حكم برسو المزاد عليه , و هذا ما نصت عليه المادة 2/2200 من القانون المدني الفرنسي , وهو نفس الحكم الذي نصت عليه المادة 3/25 من المرسوم الصادر بتاريخ 27 جويلية 2006 وعليه نجد أن التشريع المصري و التشريع الفرنسي يقرران جزاء عدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهة الدائن الحاجز و الشخص الذي آل إليه العقار عن طريق المزاد بينما المشرع الجزائري قرر البطلان و كما سبق القول فإن الأصح هو تقرير جزاء عدم النفاذ وليس البطلان [2].

و كما نرى أن هناك تناقض بين أحكام المادة 735 ق.إ.م.إ , و المادة 736 من نفس القانون فالبرجوع إلى مضمون السالفة الذكر التي تنص على : ( إذا أودع المدين المحجوز عليه , أو حائز العقار , أو الكفيل العيني بأمانة الضبط , أو بين يدي المحضر القضائي , قبل جلسة المزايدة , مبلغا كافيا للوفاء بأصل الدين و المصاريف المترتبة عليه للدائنين المقيدين في الشهادة العقارية و الحاجزين

---

(1) – أنظر رأي الأستاذ أحمد خلاصي ، محضر قضائي ، في مرجعه الاسبق ، ص 386 : ( و على ذلك فإننا نرى أن يفرد المشرع – أي المشرع الجزائري – نصا صريحا بعدم نفاذ تصرفات المحجوز عليه سواء كان مدينا أو كفيلا أو حائزا للعقار ، إذ الأصل في الإجراءات أنه صحيحة منتجة لآثارها ما لم يقضي ببطلانه ) .

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 717 .

- et voir Gerard Couchez , op-cit , p 227.
- et Claude Brenner , op-cit , p 166 .

فإن كل التصرفات الواردة على العقار و المتعلقة بنقل الملكية أو بترتيب تأمينات عينية عليه , تكون نافذة ) , ومنه فتارة يقرر المشرع الجزائري قابلية التصرف للبطلان , و تارة يقرر إمكانية نفاذه إذا تم إيداع مبلغ كاف لأصل الدين و المصاريف , و عليه فهناك خلط بين أحكام عدم نفاذ التصرف القانوني و بين بطلانه , و من ثم نرى في اعتقادنا أن المشرع الجزائري قصد من وراء تصرف المدين جزاء عدم نفاذ التصرف القانوني , لكنه عبر عنه بجزاء البطلان .

**ب – إلحاق الثمار بالعقار :** يقصد بثمار العقار كل ما يغله الإنسان بفعل الطبيعة كالمحصولات الزراعية , و كذلك ما يغله من العقار من دخل نقدي , و هو ما يسمى بالإيرادات كالأجرة و الأرباح عن المشروعات التجارية و الصناعية و تلحق هذه الثمار بالعقار , فتعتبر جزء منه , رغم أنها تعتبر منقولات بحسب المآل , و يترتب على الإلحاق جعل هذه الثمار عقارات بقوة القانون وبالتالي لا يجوز حجزها بغير طريق حجز العقار , فلا يجوز حجزها بطريق حجز المنقول أو حجزها ما للمدين لدى الغير وعليه سنحاول التطرق إلى الثمار الطبيعية , على اعتبار أننا قد سبق لنا التطرق إلى الإيرادات و بالأخص على إيراد الإيجارات (1).

و لقد نصت المادة 732 ق.إ.م.إ : ( تلحق بالعقار و / أو الحق العيني العقاري , ثماره و إيراداته من تاريخ قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية.

و للمدين المحجوز عليه أن يبيع ثمار العقار الملحق به متى كان ذلك من أعمال الإدارة الحسنة و يودع الثمن بأمانة ضبط المحكمة.

و يجوز للدائن الحاجز أن يطلب من رئيس المحكمة الترخيص له بأمر على عريضة , بحصاد المحاصيل الزراعية و جني الثمار و الفواكه و بيعها بالمزاد العلني أو بيعها عن طريق وسيط أو بأية طريقة أخرى , و يودع ثمنها بأمانة ضبط المحكمة ) , و نجد أن المشرع المصري قرر نفس الحكم في نص المادة 406 مرافعات مصري , و كذلك المادة 1037 مدني مصري , حيث نصت المادة الأولى السالفة الذكر على : ( تلحق بالعقار ثماره و إيراداته عن المدة التالية لتسجيل التنبيه .....) .

إن إلحاق الثمار بالعقار يرجع إلى قاعدة يمكن تأصيلها بناءا على فكرة الأثر الكلي للحجز فالحجز وصف إجرائي يلحق بالشيء و توابعه , وتهدف هذه القاعدة في حجز الثمار و إلحاقها بالعقار إلى دفع الضرر و جلب المنفعة معا , و لكن فريق آخر إلى تأصيل هذه القاعدة إلى إلحاق الثمار بالعقار لا يعد أثرا من آثار الحجز , و لكن تبنى هذه القاعدة على اعتبارات أخرى ذكرها الفقه الفرنسي , وحصرها في اعتبارين و هما :

---

(1) – راجع أ / أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 387 .

– **الاعتبار الأول :** هو اعتبار عملي قوامه دفع الضرر الذي يعود على الدائن فيما لو تلحق هذه الثمار بالعقار , و هذا الضرر قد يعود على الدائن المرتهن إذا كان الدائن مباشر الإجراءات دائنا عاديا , فقد يعمد إلى إطالة أمد الإجراءات و تكثر في هذا الأمد ثمار العقار التي كانت توزع طبقا للقانون القديم قسمة غرماء مع ثمن العقار , في حين أنه توزع طبقا للقانون الحالي بحسب درجات الدائنين .

– **الاعتبار الثاني :** قوامه أن الرهن أو الاختصاص أو الامتياز المقرر على عقار يشمله هو وتوابعه و ثمار العقار تعد من توابعه , و أن ما نص عليه القانون من أن الثمار تلحق بالعقار المحجوز ما هو إلا تحديد لما يشمله الرهن أو الاختصاص أو الامتياز من توابع العقار (1).

و يشمل الإلحاق كافة الثمار بكل أنواعها , و يستوي في ذلك الثمار الطبيعية كالمحصولات الزراعية أو الصناعية كالمعادن المستخرجة من باطن الأرض , و يقتصر إلحاق الثمار بالعقار عن المدة التي تلي تاريخ قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية و هذا وفقا لمضنون نص المادة 2/732:( تحلق بالعقار و/أو الحق العيني العقاري , ثماره وإيراداته من تاريخ قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية) و هو نفس الحكم في التشريع المصري , حيث نصت المادة 1037 مدني مصري :( يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار و إيرادات عن المدة التي أعقبت التسجيل ويجري في توزيع هذه الغلة ما يجري في توزيع ثمن العقار ) , و أما في التشريع الفرنسي فكما أشرنا فإن تبليغ الإلزام بالدفع إلـى المدين يترتب عليه كـافة آثار الحجز , و بالنسبة للغير فمن تاريخ الإشهار بالمحافظة العقارية (2).

إن الإجراءات التي تلي عملية قيد أمر الحجز إلى غاية بيع العقار أو الحق العيني بالمزاد العلني قد تستغرق وقتا طويلا , وعلى اعتبار أن الثمار تلحق العقار فإنه من الطبيعي أن تباع في وقت واحد مع العقار , لكن نظرا لطبيعة بعض الثمار التي لا يمكن حفظها وقتا طويلا و إلا تعرضت للتلف فقد أجاز المشرع الجزائري للمدين في هذه الحالة أن يقوم ببيع هذه الثمار , متى كان من أعمال الإدارة الحسنة و يودع المبلغ المتحصل من البيع بأمانة ضبط المحكمة , كما خول هذا الحق للدائن الحاجز و بناءا على ترخيص من رئيس المحكمة بموجب أمر صادر على عريضة ,في أن يقوم بحصاد المحاصيل الزراعية و جني الثمار و الفواكه , ومن ثم بيعها بالمزاد العلني , أو عن طريق وسطاء يتولون القيام بذلك أو أي طريقة أخرى , ومثله مثل المدين يجب عليه أن يودع ما تم تحصيله من مبالغ جراء عملية البيع بأمانة ضبط المحكمة , وهـذا وفقا لأحكام المادة 732 /2–3 : ( و للمدين المحجوز عليه أن يبيع

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 709 .

(2) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 396 .

– و راجع د / عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 588 .

ثمار العقار الملحق به متى كان ذلك من أعمال الإدارة الحسنة , ويودع الثمن بأمانة ضبط المحكمة .

يجوز للدائن الحاجز أن يطلب من رئيس المحكمة الترخيص له بأمر على عريضة بحصاد المحاصيل الزراعية و جني الثمار و الفواكه و بيعها بالمزاد العلني أو بيعها عن طريق وسيط أو بأي طريقة أخرى , و يودع ثمنها بأمانة ضبط المحكمة ).

**أما في التشريع المصري** فقد نصت المادة 2/406 مرافعات مصري : ( و لكل دائن بيده سند تنفيذي أن يطلب بعريضة من قاضي التنفيذ أمرا بتكليف أحد المحضرين أو الدائنين أو غيرهم بحصاد المحصولات و جني الثمار و تباع الثمار و المحصولات في كلتا الحالتين بالمزاد أو بأي طريقة أخرى يأذن بها القاضي و يودع الثمن في خزانة المحكمة ) .

و في الأخير قد يحدث أن يتم الحجز على الثمار باعتبارها منقول , سواء كان حجز منقول لدى المدين أو حجز ما للمدين لدى الغير قبل تسجيل حجز هذا العقار , **و بالتالي يثور التساؤل حول ما إذا كان هذا الحجز يحول دون اعتبارها محجوزة مرة أخرى بحجز العقار ؟ و فيما يبدو التعارض بين حقوق الحاجزين على العقار , و حق الحاجز على الثمار ؟**

في الواقع أنه لا يجوز في التشريع الجزائري و التشريع المصري , على خلاف قانون المرافعات الفرنسي – م 862 – نص يحسم هذه المسألة , فذهب رأي الأغلبية إلى أن حجز الثمار استقلالا لا يحول دون اعتبارها محجوزة بتسجيل أمر الحجز – تنبيه نزع الملكية – في حجز العقار الذي لا يغلها باعتبار أن الحجز على الثمار لا ينشئ حقا خاصا للدائن الحاجز أولا , و أن ذلك لا يحول دون حجزها مرة أخرى , كما أن الحجز على المال لا يغير من طبيعته و لهذا فإن حجز الثمار استقلالا لا يمنع من اعتبارها من ملحقات العقار [(1)].

و يذهب رأي أخر إلى أن حجز الثمار على استقلال يحول دون حجزها كأثر لتسجيل التنبيه , و ذلك لأن الحجز على الثمار بطريق حجز المنقول يؤدي إلى تأكيد صفتها كمنقولات , و لما كان اعتبار الثمار محجوزة بحجز العقار يقوم على حيلة قانونية مؤداها اعتبارها عقارا أو من ملحقات العقار فإن سبق حجزها يحول دون إنتاج الحجز العقاري لهذا الأثر و بالتالي لا يتعارض حق الحاجز على الثمار مع حقوق الحاجزين على العقار [(2)].

---

(1) – راجع موقف د / محمد حامد فهمي ، المرجع السابق ، ص 340 .

(2) – راجع موقف د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 433.

# الفرع الثالث
# آثار قيد أمر الحجز في مواجهة الغير

إن الحجز بكل صوره و أنواعه وصف إجرائي يلحق المال المحجوز , و يترتب عليه وضع هذا المال تحت يد القضاء مما يقيد سلطة المدين في التصرف في هذا المال , و لما كان آثر الحجز لا ينصب على المدين و إنما على الحجز , فإنه من الطبيعي أن يمتد آثره إلى كل شخص يحوز هذا المال و كما سبقت الإشارة فإن الحجز التنفيذي على العقار قد يتخذ في مواجهة المدين , كما قد يتخذ في مواجهة الغير كالحائز أو الكفيل العيني , و عليه سنحاول التطرق إلى آثار الحجز التنفيذي في مواجهة الغير.

و قد يكون العقار أو الحق العيني العقاري المحجوز عليه مثقلا بتأمين عيني , و انتقلت ملكيته بعقد رسمي مشهر إلى الغير قبل قيد أمر الحجز , فيجب حينئذ إنذار الغير الحائز و تكليفه بالوفاء بمبلغ الدين خلال أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي أو تخلية العقار ليباع بالمزاد العلني و إلا بيع جبرا عليه , و نشير في هذا الصدد أن آثر الحجز في مواجهة الغير يمتد أثره من الفترة التالية لقيد الحجز و لهذا الأخير الخيار بين أن يقوم بالوفاء بمبلغ الدين , أو تخلية العقار , أو قبول إجراءات الحجز و البيع , و هذا ما نصت عليه المادة 726 ق.إ.م.إ : ( إذا كان الدائن الحاجز دائنا ممتاز له تأمين عيني على العقارات المراد حجزها , يقوم بالتبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى حائز العقار المرهون , و إلى الكفيل العيني إن وجد.

لحائز العقار المرهون أو الكفيل العيني الخيار بين الوفاء بالدين أو التخلية أو قبول إجراءات الحجز والبيع ) .

**1 – <u>منع الغير من التصرف في العقار</u> :** أهم أثر يترتب على قيد أمر الحجز لدى المحافظة العقارية منع المدين من التصرف في العقار بنقل ملكيته أو إنشاء حقوق عينية , و ما يصدق على المدين يصدق بطبيعة الحال على الحائز أو الكفيل العيني و عليه فيمتنع على الغير ما يمنع على المدين من نقل للملكية من بيع أو مقايضة أو هبة أو وقف سواء كانت ناقلة لكل الملكية أو لأحد الحقوق العينية الأصلية كحق الانتفاع أو الارتفاق , و يمتنع عليه أيضا توقيع حقوق عينية تبعية كالرهن أو الاختصاص أو الامتياز , فمن شأن هذه التصرفات الإضرار بالمدين , إذ أن هذه التصرفات تنقص من قيمة العقار و تبعد الراغبين عن التقدم للشراء [1].

---

(1) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 425 .

– و راجع أ / أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 383 .

غير أنه يجوز لبائع العقار و مقرض ثمنه و الشريك المقاسم أن يقيد حق الامتياز على العقار في الآجال و الأوضاع المنصوص في القانون المدني , و هذا ما نصت عليه المادة 735 ق.إ.م.إ : ( لا يجوز للمدين المحجوز عليه , و لا لحائز العقار , ولا للكفيل العيني , بعد قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية , أن ينقل ملكية العقار و/أو الحق العيني العقاري المحجوز , و لا أن يرتب تأمينات عينية عليه و إلا كان تصرفه قابلا للإبطال.

غير أنه يجوز لبائع العقار المحجوز عليه , و مقرض ثمنه و الشريك المقاسم , أن يقيد حق الامتياز على العقار في الآجال و الأوضاع المنصوص عليها في القانون المدني ).

و بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الفصل الثاني بعنوان أنواع الحقوق الممتازة , القسم الثاني بعنوان حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار لاسيما المادة 999 منه و التي تنص على : ( ما يستحق لبائع العقار من الثمن و ملحقاته , يكون له امتياز على العقار المبيع .
و يجب أن يقيد الامتياز و لو كان البيع مسجلا , و تكون مرتبته من تاريخ البيع إذا وقع في ظرف شهرين من تاريخ البيع .

فإذا انقضى هذا الأجل , أصبح الامتياز رهنا رسميا ) , و تشير المادة 1001 من نفس القانون إلى قيد امتياز آخر بقولها : ( إن للشركاء الذين اقتسموا عقار , حق امتياز عليه تأمينا لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منعم على الآخرين , بما في ذلك حق المطالبة لمعدل القسمة , و يجب أن يقيد هذا الامتياز و تكون مرتبته مماثلة لشروط امتياز البائع المشار إليه في المادة 999 ) [(1)].

**2 – <u>الوفاء بقيمة الدين</u> :** إن القصد من وراء توقيع الحجز هو استيفاء الدائن مبلغ دينه وليس نزع ملكيته و تجريده منها لهذا منح المشرع الجزائري للمدين و حتى للغير فرصة للوفاء بقيمة الدين خلال أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي , و لا يتوقف الأمر عند هذا الحد , بل تمادى المشرع الجزائري في منح فرصة أخرى و لأخر لحظة , أي قبل جلسة البيع بالمزاد العلني , و هذا ما قررته المادة 736 ق.إ.م.إ : ( إذا أودع المدين المحجوز عليه , أو حائز العقار , أو الكفيل العيني بأمانة ضبط المحكمة أو بين يدي المحضر القضائي , قبل جلسة المزايدة , مبلغا كافيا للوفاء بأصل الدين والمصاريف المترتبة عليه المقيدين في الشهادة العقارية و الحاجزين , فإن كل التصرفات الواردة على العقار و المتعلقة بنقل الملكية أو بترتيب تأمينات عينية عليه , تكون نافذة ) .

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 239 .

و في كل الأحوال , لا تؤدي القيود الواردة على العقار محل الحجز , إلى فقدان المحجوز عليه لصفة المالك ما لم تنته إجراءات البيع برسو المزاد على آخر مزايد تقدم بأعلى عرض (1).

**3 – إخلاء العقار :** قد يمتنع الحائز عن الوفاء بقيمة الدين بإرادته , أو يعجز عن ذلك بسبب ضائقة مالية و في هذه الحالة له أن يتخذ خيار الإخلاء , أي أن يتنازل عن العقار و يتخلى عنه لإتمام عملية الحجز و بيع العقار بالمزاد العلني , و هذا وفقا لأحكام 726 من ق.إ.م.إ , و كذلك أحكام المادة 923 من القانون المدني و التي تنص على : ( إذا لم يختر الحائز أن يقضي الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار , فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته نزع الملكية وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت واحد ) (2).

و نجد أن التشريع المصري ينص على نفس هذه الخيارات , فعلى الحائز أن يتخذ واحد من هذه الخيارات , فإما أن يقوم بدفع مبلغ الدين , أو تخلية العقار , أو أن يتحمل إجراءات التنفيذ على العقار (3).

**4 – تحمل إجراءات الحجز و البيع الجبري :** قد يتعنت الحائز فلا يقبل تطهير العقار و الوفاء بمبلغ الدين , أو أن يقوم بتخلية العقار , و بلا شك فإن تعنت المدين أو الحائز لا يشكل عقبة للمضي قدما في إجراءات الحجز على العقار , و بيعه بالمزاد العلني , فإذا منح المشرع الخيار للحائز فهذا لا يعني أن تتوقف الإجراءات إلى حين أن يقوم هذا الأخير باختيار حل من الحلول , و بالتالي فمن الطبعي أن يستمر الدائن في إجراءات الحجز و المتمثلة في إعداد العقار و التمهيد للبيع , و هذا ما سنحاول تناوله في المطلب الثالث .

---

(1) – أنظر د / بربارة عبد الرحمان ، الحماية الجزائية للأملاك العقارية الخاصة ، رسالة ماجستير في القانون ، جامعة البليدة كلية الحقوق ، 1999 – 2000 , ص 126 – 127 .

(2) – نشير أن أحكام المادة 923 من القانون المدني قد صيغت وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية القديم ، و لهذا نجدها في أخر المادة تشير إلى أن إنذار الحائز قد يكون قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية أو بعده ، و لكن أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد في نص المادة 725 منه تنص على تبليغ أمر الحجز إلى المدين و الغير ، و إيداع أمر الحجز على الفور أو في اليوم الموالي كأقصى أجل .

(3) – راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 578 .

– و راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 651 .

## المطلب الثالث
## التمهيد للبيع الجبري

يبدأ التنفيذ على العقار و/أو الحق العيني العقاري باستصدار أمر الحجز من طرف رئيس محكمة نوطن العقار و/أو الحق العيني العقاري , و تبليغه للمدين و أصحاب التأمينات العينية على العقار , ثم قيده بالمحافظة العقارية , و إلحاق الثمار و الإيرادات به , و عدم نفاذ تصرفات المدين اللاحقة للقيد وكذا إنذار المدين بتسديد الدين في أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ , و إلا بيع العقار و/أو الحق العيني العقاري جبرا عنه , بالإضافة إلى تبليغ أمر الحجز لحائز العقار المرهون أو الكفيل العيني إن وجدا وتخييرهما بين الوفاء بالدين أو التخلية أو قبول إجراءات الحجز و البيع [(1)].

و بعد أن يتم حجز العقار تبدأ المرحلة التالية له , و هي مرحلة الإعداد لبيعه و يمثل إيداع قائمة شروط بيع العقار أول إجراءات هذه المرحلة , حيث تتخذ مجموعة من الأعمال الإجرائية يقوم بها الدائن أو قلم الكتاب أو المحامي و هذا حسب أحكام كل تشريع محل الدراسة و المقارنة , تستهدف إعداد العقار للبيع , و قد ينجم عن هذا بعض الاعتراضات على قائمة شروط البيع , و يختص القضاء بالفصل في كافة هذه المنازعات , و بانتهاء الفصل فيها يكون العقار معدا للبيع , و من ثم تبدأ المرحلة التالية و هي مرحلة البيع الجبري بالمزاد العلني .

و لقد تضمن التشريع الجزائري النص على هذا الإجراء بموجب المادة 737 /1-2: ( إذا لم يقم المدين المحجوز عليه بالوفاء خلال أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ التبليغ للرسمي لأمر الحجز يحرر المحضر القضائي قائمة شروط البيع و يودعها بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار المحجوز .

وفي حالة تعدد العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المحجوزة , تودع قائمة شروط البيع في أمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها أحد هذه العقارات ) , و أما في القانون المصري , فقد ألزم القانون المصري الدائن الذي يباشر الإجراءات بإيداع قائمة شروط البيع ,وإذا تعدد الدائنون الحاجزون فإن مباشر الإجراءات فقط هو الذي يلتزم بإيداع القائمة , و لا يجوز في التشريع المصري للمدين أن يودعها , و لا للمثل السلطة العامة أو لرجل القانون أو المحامي , وهذا ما نصت عليه المادة 414 مرافعات مصري

---

(1) – راجع أ / راشدي مراد ، مقال بعنوان الإجراءات الممهدة للبيع بالمزاد العلني ، ملتقى ، بعنوان إجراءات الحجز التنفيذي على العقارات و الحقوق العينية العقارية المشهرة و غير المشهرة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الغرفة الجهوية للمحضرين القضائيين ، ناحية الشرق ، 2008 ، ص 28 .

و أما في التشريع الفرنسي و على خلاف التشريع الجزائري و التشريع المصري فإن قائمة شروط البيع يحررها محامي الدائن و هذا ما نصت عليه المادة 2/688 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي (1).

و مما تقدم ذكره سنتطرق إلى **الفرع الأول** إلى تحرير قائمة شروط البيع , و في **الفرع الثاني** إلى التبليغ الرسمي لقائمة شروط بيع , و في **الفرع الثالث** إلى الاعتراضات و طلب وقف بيع العقار .

## الفرع الأول
## إعداد قائمة شروط البيع

قائمة شروط البيع هي ورقة تتضمن كافة البيانات التي تؤدي إلى التعريف الكامل و الدقيق بالعقار المراد بيعه , و الشروط التي يقوم المزاد العلني على أساسها , و المحضر القضائي هو الشخص المؤهل لتحرير قائمة شروط البيع , و هذا بصريح نص المادة 737 /1 من ق.إ.م.إ وبموجب هذا النص أصبح تحرير قائمة شروط البيع من الوظائف الأساسية , إذ يتولى هذا الأخير تحريرها في شكل مشروع بيع يودعها بكتابة ضبط المحكمة , و تبقى قائمة شروط البيع مؤقتة وظرفية إلى غاية الفصل في الاعتراضات التي قد تؤدي إلى تعديلها بالزيادة أو النقصان , أو حتى إلغائها , و متى تم الفصل في هذه الاعتراضات تصبح نهائية , و كفيلة بضمان البيع الجبري للعقار المحجوز في أحسن الظروف دون الإضرار بأطراف الدعوى التنفيذية , أي الدائن الحاجز سواء كان مدينا أو دائنا عاديا أو دائنا مقيدا كفيلا عينيا , أو مشتري العقار الراسي عليه المزاد (2).

و كما أشرنا سابقا فإن الدائن الحاجز هو الذي يتولى إيداع قائمة شروط البيع , و لكن نص المادة 414 مرافعات مصري لم تشر إلى الشخص المؤهل بتحرير هذه القائمة , فهل هو نفسه و نحن نشك في ذلك على اعتبار أن تحرير هذه القائمة يخضع لشكليات و شروط دقيقة لا يعلم بها إلا أصحاب الاختصاص , و حسب رأيينا فإن هذه القائمة تحرر من طرف شخص آخر قد يكون محامي الدائن وإيداعها تكون من طرف هذا الأخير , أي الدائن الحاجز الذي سجل تنبيه نزع الملكية أولا و مع ذلك يجوز للدائن صاحب التسجيل اللاحق أن يطلب من قاضي التنفيذ الإذن له بالحلول محله في مباشرة

---

(1) – راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 598–599 .

(2) - Pierre Julien – Gilles Taormina , op-cit , p 406 .
- et voir Martine Boittelle-Cousseau , op-cit , p 34 .
– و راجع أيضا أ / راشدي مراد ، المرجع السابق ، ص 29 .

الإجراءات , و أما في التشريع الفرنسي فإن محامي الدائن الحاجز هو الذي يتولى تحرير قائمة شروط البيع و إيداعها , و في رأينا أن منح محامي الدائن حق تحرير قائمة شروط البيع أمر مستحسن و لكنه بالمقابل قد يسعى إلى القيام بذلك وفقا لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين , و هذا ما قد يثير كثير من الاعتراضات و النزاعات حول القائمة (1).

إن قائمة شروط البيع هي ورقة تتضمن مشروع بيع العقار , و بغض النظر عن الشخص الذي يتولى تحريرها و إيداعها , فيجب على من يقوم بذلك التقييد بشكليات و شروط حددها القانون , و عليه سنحاول التطرق إلى هذه الأوضاع الإجرائية.

**أ – <u>ميعاد إيداع قائمة شروط البيع</u> :** لم يحدد المشرع الجزائري ميعادا ناقصا لإيداع قائمة شروط البيع و قد اكتفى بالنص على تحرير و إيداع قائمة شروط البيع إذا لم يقم المدين المحجوز عليه بالوفاء خلال أجل ثلاثين يوما من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر الحجز , أي بعد انقضاء مهلة الوفاء الممنوحة للمدين المحجوز عليه , بعد تبليغه بأمر الحجز و إنذاره بالوفاء , و إذا كان المشرع الجزائري لم يحدد ميعادا ناقصا لإيداع قائمة شروط البيع , فهذا لا يعني أن يتراخى المحضر القضائي في القيام بذلك وفي رأيينا يمكن لكل من يهمه التعجيل أن يحتج على ذلك أمام المحضر القضائي وفي حالة الاستمرار في ذلك يمكن طلب استبداله بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة , دون الإخلال بالمطالبة بالتعويضات في حالة وقوع ضرر لأحد الأطراف سواء الدائن أو المدين , وعليه نرى أنه كان على المشرع الجزائري أن يحدد ميعادا ناقصا لإيداع قائمة شروط البيع , و هذا على غرار التشريع المصري فقد حدد المشرع المصري هذا الميعاد بتسعين يوما من تاريخ من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية , و عليه يمكن للدائن أن يودع قائمة شروط البيع في اليوم التالي لتسجيل التنبيه دون انتظار , فإن تراخى لمدة تزيد على خمسة و أربعين يوما , و كان هناك تنبيه لاحق على التسجيل الأول فإنه يستطيع أن يطلب الحلول محله , فإن لم يفعل فله أن يودع القائمة في اليوم قبل الأخير في الميعاد الذي قرره المشرع المصري بتسعين يوما (2).

و يترتب على عدم القيام بذلك اعتبار تسجيل تنبيه الملكية كأن لم يكن , و العبرة من هذا الحكم هو رعاية لمصلحة المدين المحجوز عليه فلا يعقل أن تظل آثار الحجز قائمة مقيدة لحرية المدين كمالك إلى ما لا نهاية وأما في التشريع الفرنسي فقد حددت هذه المدة بأربعين يوم من تاريخ تسجيل الإلزام بالدفع بالمحافظة العقارية , و في حالة عدم القيام بذلك يترتب اعتبار الإجراءات التي تم اتخاذها كأنها لم تكن و بالتالي يجب إعادة اتخاذ هذه الإجراءات .

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 663

(2) – راجع أ / راشدي مراد ، المرجع السابق ، ص 29 .

**ب – <u>البيانات الإلزامية في قائمة شروط البيع</u> :** تحقق قائمة شروط البيع هدف أساسي في تحديد البيانات الجوهرية لقائمة شروط البيع , و منه توحيد العمل بين جميع المحضرين القضائيين مما يسمح للقاضي بمراقبة مدى احترام الإجراءات في حال الطعن أو الاعتراض على قائمة شروط البيع كما تعد وسيلة يعلم من خلالها الحاجز و المحجوز عليه و الغير الذي يحتمل أن يشارك في عملية البيع بالمزاد العلني شروط البيع [(1)].

و لقد أوجب المشرع الجزائري أن تتضمن قائمة شروط البيع جملة من البيانات الجوهرية بدونها لا تتحقق الغاية المرجوة من إعداد هذه الوثيقة بالإضافة إلى البيانات الآخرى المعتادة , و بالرجوع إلى نص المادة 737 ق.إ.م.إ يمكن حصر هذه البيانات فيما يلي :

1 –اسم و لقب كل الدائنين المقيدين و الحاجز و المدين المحجوز عليه , و موطن كل منهم .
2 – السند التنفيذي الذي تم بموجبه توقيع الحجز و مبلغ الدين.
3 – أمر الحجز و تاريخ تبليغه الرسمي و قيده , و تاريخ إنذار الحائز أو الكفيل العيني إن وجد.
4 – تعيين العقار و وصفه وصفا دقيقا , لاسيما موقعه حدوده و نوعه و مشتملاته و رقم القطعة الأرضية و اسمها , مفرزة كانت أو مشاعة , و غيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه , و إن كان العقار بناية يبين الشارع و رقمه و أجزاء العقارات .
5 – تحديد شاغل العقار و صفته و سبب الشغل , أو إذا ما كان شاغرا.
6 – شروط البيع , و الثمن الافتتاحي لجلسة البيع و المصاريف القضائية .
7 – تجزئة العقار إلى أجزاء , إن كان في ذلك فائدة أفضل عند البيع , مع تحديد الثمن الأساسي لكل جزء و توضيح الترتيب الذي سيجري فيه البيع عند الاقتضاء , و إذا كان محل الحجز وحدة استغلال اقتصادية أو مستثمرة فلاحية , لا يجوز تجزئتها .
8 – بيان المحكمة التي سيتم أمامها البيع.

لاشك في أن هذه البيانات هي بيانات جوهرية , يجب أن تتضمنها قائمة شروط البيع تحت طائلة القابلية للبطلان , و يتقرر هذا البطلان لكل ذي مصلحة , و هذا ما نصت عليه الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 737 من ق.إ.م.إ : ( إذا خلت قائمة شروط البيع من أحد هذه البيانات , كانت قابلة للإبطال بناء على طلب كل ذي مصلحة خلال أجل أقصاه جلسة الاعتراضات و إلا سقط حقه ) , وعلى اعتبار أن المحضر القضائي هو الذي يتولى تحرير قائمة شروط البيع , فهو المسئول عن إلغائها وبالتالي يتحمل تبعات ذلك ,إذ يعاد تجديدها على نفقته , وهذا وفقا للفقرة الأخيرة من نص المادة السالفة الذكر إذ نصت

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 240 .
– و راجع أيضا أ / راشدي مراد ، المرجع السابق ، ص 31 .

على : ( في حالة إلغاء قائمة شروط البيع , يعاد تجديدها على نفقة المحضر القضائي).

إن إيداع قائمة شروط البيع لا تشكل قرينة كافية لتأكيد صحة البيع , و بالتالي مواجهة كل الاعتراضات بل اشترط المشرع الجزائري أن ترفق هذه القائمة بمجموعة من المستندات تؤكد صحة كل مراحل الدعوى التنفيذية , و بالخصوص في هذه المرحلة التي يسعى فيها الدائن إلى نزع عقارات مدينه و بالتالي كان من الطبيعي أن تكون كل الإجراءات صحيحة و مدعمة بمستندات تؤكد ذلك و ترفق هذه المستندات حين إيداعها بأمانة ضبط المحكمة , و تتمثل هذه المستندات وفقا لنص المادة 738 ق.إ.م.إ فيما يلي :

1 – نسخة من السند التنفيذي الذي تم الحجز بموجبه.
2 – نسخة من أمر الحجز على العقار و/أو الحق العيني العقاري.
3 – نسخة من التبليغ الرسمي لأمر الحجز للمحجوز عليه , الحائز و الكفيل العيني إن وجدا.
4 – شهادة عقارية يسلمها المحافظ العقاري , تتضمن جميع القيود التي حصلت على العقار , إلى غاية تاريخ الحجز.
5 –مستخرج جدول الضريبة العقارية .

إن تحرير و إعداد قائمة شروط البيع قد تبدو من الناحية النظرية عملية سهلة , يتوجب معها مراعاة شروط و شكليات معينة , و هذا هو الفرض المدرسي لكن الأمر يختلف تماما , و يستدعي على المحضر القضائي البحث و التدقيق و بعض الحالات الاستعانة بالخبرة , لكي يتمكن من الوصول إلى تحرير قائمة شروط البيع , و عليه يمكننا الوقوف للتدقيق في بعض البيانات الواجبة الذكر في قائمة شروط البيع .

**أ – <u>شرط تعيين العقار</u> :** إن وضع العقار في الجزائر ليس دائما واضحا , و بالتالي يجب أن يكون معينا تعيينا نافيا للجهالة , و إذا كان العقار خضع لعملية المسح المؤسس بموجب الأمر رقم 75/74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 و ما إذا كان الأمر يتعلق بالإجراء الأول لعملية المسح و غيرها , كما يتعين تبيان طبيعة العقار عمراني أو قابل للتعمير ملكية مفرزة أو شائعة , كما يتعين تبرير البناء إذا لم يكن في أصل الملكية , و ذلك بذكر مراجع رخصة البناء و شهادة المطابقة وفقا لما نص عليه القانون 08–15 المؤرخ في 20 جويلية 2008 المحدد لقواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها [(1)].

---

(1) – راجع أ / علاوة بوتغرار ، مقال بعنوان أحكام بعض البيوع العقارية الخاصة على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية و القوانين الأخرى ، الملتقى المشار إليه سابقا ، ص 54 .

**ب – <u>بيان تجزئة العقار</u> :** إن تجزئة العقار إلى أجزاء تستدعي مراعاة الأحكام القانونية الجاري بها العمل في مجال :

– تجزئة العقار , صالح للبناء , عامر أو قابل للتعمير , بالتالي الاستناد إلى رخصة التجزئة .

– قسمة عقار مبني و منه الرجوع إلى رخصة التقسيم.

– قسمة عقار في إطار الملكية المشتركة , و بالتالي الاستناد إلى الجدول الوصفي للتقسيم .

– تقسيم عقار فلاحي و بالتالي التقيد بأحكام المرسوم رقم 97–491 المؤرخ في 1997.12.20 والمتعلق بالمستثمرات الفلاحية .

**ج – <u>بيان سند الملكية</u> :** تتعدد سندات الملكية و تتنوع منها المشهرة و غير المشهرة وبالتالي يجب التدقيق في نوع هذه السندات مثل عقود البيع , القسمة , الهبة أو المبادلة و الوقف , كما يجب ذكر شهادات الترقيم , و عقود البيع على التصاميم في إطار المرسوم التشريعي رقم 93–03 المؤرخ في 1993.03.01 .

و لقد أشرنا سابقا– أن الذي يتولى إيداع قائمة شروط البيع في مصر , هو الدائن مباشر إجراءات الحجز التنفيذي على العقار , و الذي قام بتسجيل تنبيه نزع الملكية , و هذا وفقا لنص المادة 1/414 مرافعات مصري , و قد أشرنا في حينه أن قانون المرافعات المصري لم يشر إلى من يتولى تحرير قائمة شروط البيع , و عليه و مهما يكن الشخص الذي يتولى إعداد قائمة شروط البيع , فإنه يتعين عليه التقيد في دفتر شرط البيع ببعض البيانات الجوهرية نصت عليها المادة 2/414 مرافعات مصري وهذه البيانات هي :

1 – بيان السند التنفيذي الذي حصل التنبيه بمقتضاه .

2 – تاريخ التنبيه و تاريخ إنذار الحائز إن وجد , و رقمي تسجيلهما و تاريخه.

3 – تعيين العقارات المبنية في التنبيه .

4 – شروط البيع .

5 – الثمن الأساسي .

6 – تجزئة العقار إلى صفقات إن كان لذلك محل.

و يترتب على تخلف أو نقص بيانات قائمة شروط البيع هو البطلان المنصوص عليه , إلا أن النص الخاص على البطلان لا يمنع من تطبيق قواعده العامة , و بالتالي عدم الحكم بالبطلان إذا تحققت الغاية من البيان رغم نقصه أو تعييبه , كما لا يجوز تكملة البيانات الناقصة ببيانات أخرى و يجب أن ترفق قائمة شروط البيع مجموعة من المرفقات , حددتها المادة 415 مرافعات مصري و هي [1]:

(1) – راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 602 . 688 .

– شهادة ببيان الضريبة العقارية , أو عوائد المباني المقررة على المال المحجوز , و ذلك لتحقق من صحة تحديد الثمن الأساسي.

– السند الذي يباشر التنفيذ بمقتضاه .

– ورقة نزع الملكية .

– إنذار الحائز إن وجد.

– شهادة عقارية بالقيود الواردة على العقار إلى غاية تسجيل تنبيه نزع الملكية , و ذلك عن مدة عشر سنوات سابقة.

**و أما في التشريع الفرنسي** , فإن الذي يتولى تحرير قائمة شروط البيع هو محامي الدائن و يجب على هذا الأخير أن يتولى تحرير قائمة شروط البيع بعناية , و يجب أن يضمن بعض البيانات الجوهرية حددتها المادة من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي , و تتمثل هذه البيانات فيما يلي [(1)] :

1 – ذكر السند التنفيذي الذي تم بموجبه الحجز .

2 – ذكر محضر الإلزام بالدفع , و تاريخ قيده بالمحافظة العقارية .

3 – تعيين العقار نقل ألأوصاف الذي تضمنها محضر الإلزام بالدفع , أو محضر وصف العقار .

4 – شروط البيع .

5 – تجزئة العقار في حال إمكان ذلك .

و يترتب على تخلف بيان من هذه البيانات قابلية قائمة شرط البيع للإبطال , إذا تمسك به من تقرر لمصلحته , و يجب أن يثار الدفع بالبطلان كأقصى أجل في جلسة الاعتراضات , وفي حالة ما إذا أثيرت بعده و قبل بدء المزايدة فإن المحكمة تتولى تصحيح هذه العيوب الشكلية [(2)].

و لقد استعرضنا الأحكام المتعلقة بقائمة شروط البيع وفقا لأحكام التشريعات الثلاث , و قد رأينا أنها تتضمن تقريبا نفس البيانات , إلا أن الاختلاف يكمن في الجهة التي تقوم بتحرير هذه القائمة , فإذا كان المحضر القضائي هو الذي يتولى هذا الأمر في التشريع الجزائري , فإن الدائن هو الذي يتولى إيداع قائمة شرط البيع في مصر , و أما في فرنسا فإن محامي الدائن هو الذي يتولى القيام بذلك , و هناك اختلاف بسيط بين التشريع الجزائري و المصري من جهة و التشريع الفرنسي من جهة أخرى , إذ يمكن للمحكمة أن تقوم بتصحيح العيب الشكلي في حالة إثارته بعد انقضاء مهلة تقديم الاعتراضات .

---

(1) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 493 .

(2) – voir Stephane Gensolen, Maître Marie Helene , la saisie immobilière en droit français séminaire organiser par la chambre régionale des huissiers de justice , région de Constantine 2009.12.05 , p 81.

- voir Pierre Julien – Gilles Taormina , op-cit , p 408 .

و أما في التشريع الجزائري و التشريع المصري , فيتقرر هذا الحق كأقصى أجل في جلسة الاعتراضات .

**ج- <u>الطبيعة القانونية لقائمة شروط البيع</u> :** قائمة شروط البيع هي الوثيقة التي تحدد بموجبها الشروط القانونية للبيع بالمزاد العلني , و قد يعتقد البعض أن القائمة على حالتها الأولية نافذة في مواجهة المحجوز عليه و كذا الدائنين و المزايدين , و الحقيقة أنها ليست نافذة في مواجهتهم , و إنما تكون كذلك بعد جلسة الاعتراضات التي قد تعدلها بالزيادة أو النقصان , أي أن القائمة قبل جلسة الاعتراضات تكون مجرد وثيقة مؤقتة غير نهائية و غير ملزمة للغير , و هي من حيث طبعتها حسب رأي حديث للفقه الفرنسي تعتبر مشروع لعقد يقدم من جانب واحد و أما بعد الفصل في الاعتراضات المقدمة عليها تعد عملا نهائيا مشكلا لشريعة الأطراف المشتركين في المزاد [(1)].

## الفرع الثاني

## تبليغ قائمة شروط البيع

قد تتضمن قائمة شروط البيع بعض الأمور التي قد يعترض عليها الدائن الحاجز أو المدين المحجوز عليه و حتى الغير , و بالتالي منح المشرع لهؤلاء إمكانية تقديم اعتراضات على هذه القائمة إلا أنه لكي يتمكن هؤلاء من ممارسة حق الاعتراض , يوجب المشرع ضرورة إعلامهم بقائمة شروط البيع ذلك أن الأصل في الإجراءات قائم على مبدأ العلانية , و بالتالي من الطبيعي أن يتم تبليغهم تبليغا رسميا لهذه القائمة .

و يتولى المحضر القضائي متى انتهى من تحرير و إيداع قائمة شروط البيع , و متى تم تحديد جلسة الاعتراضات من طرف رئيس المحكمة المختص , تبليغ قائمة شروط البيع إلى الأشخاص الذين تم تحديديهم بموجب المادة 740 ق.إ.م.إ : ( يجب على المحضر القضائي خلال خمسة عشر يوم (15) يوما الموالية لإيداع قائمة شروط البيع بأمانة الضبط , أن يبلغ رسميا الأشخاص الآتية :

1 – المدين المحجوز عليه .
2 – الكفيل العيني و الحائز للعقار و/أو الحق العيني العقاري إن وجدا.
3 – الملكين على الشيوع إن كان العقار و/أو الحق العيني العقاري مشاعا.
4 – الدائنين المقيدين كل بمفرده .

---

(1) - voir pierre julien –gilles taormina , op-cit , p 406.

5 – بائع العقار أو مقرض ثمنه أو الشريك المقاسم أو المقايض به إن وجدوا.
و في حالة الوفاة , يكون التبليغ الرسمي إلى ورثة هؤلاء بصفة جماعية , دون تحديد الأسماء والصفات في موطنهم , فإن لم يكن لهم موطن معروف ففي موطن المتوفى ) .

و عليه لقد تضمنت المادة السالفة الذكر , ذكر مجموعة من الأشخاص يجب على المحضر القضائي تبليغهم , و قد جاء ذكر هؤلاء على سبيل الحصر , و يجب أن يتم تبليغ هؤلاء خلال 15 يوما من تاريخ إيداع قائمة شروط البيع , و نشير في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم يشر إلى الجزاء المترتب على إغفال تبليغ أحد من هؤلاء , و في رأيينا إن هذا لا يؤدي إلى بطلان الإجراء وإنما لا يمكن الاحتجاج بإجراءات الحجز التنفيذي على العقار في مواجهة من يعلن إليهم قائمة شروط البيع .

و لقد أوجب **القانون المصري** بعد إيداع قائمة شروط البيع إعلام كل من يهمه الأمر بهذا الإيداع لكي يتمكن من إبداء ما لديه من ملاحظات أو أوجه بطلان عند الاعتراض عليها , و قد نظم المشرع المصري نوعين من الإعلام , إعلام خاص لبعض الأشخاص بإعلان على يد محضر قضائي و يسمى بالإخبار , و إعلام عام يوجه إلى الكافة بالنشر و اللصق [(1)].

و بالرجوع إلى نص المادة 1/617 مرافعات مصري نصت على : ( يجب على قلم الكتاب خلال الخمسة عشر يوما التالية لإيداع قائمة شروط البيع أن يخبر به المدين و الحائز و الكفيل العيني والدائنين الذين سجلوا تنبيهاتهم و الدائن أصحاب الحقوق المقيدة قبل تسجيل التنبيه , و يكون الإخبار عند وفاة أحد هؤلاء الدائنين لورثته جملة في الموطن المعين في القيد ) , كما يجب تبليغ مصلحة الضرائب في القانون المصري و هذا وفقا لنص المادة 3/90 من القانون رقم 14 لسنة 1939 معدل بالقانون رقم 244 لسنة 1955 , المتعلق بفرض الضرائب على رؤوس الأموال [(2)].

وكما أوجبت المادة 2/417 على المحضر الذي قام بإعلان ورقة الإخبار إخطار مكتب الشهر العقاري بحصوله خلال الثمانية أيام التالية له , و ذلك للتأشير به على هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية و تبدو أهمية هذا الإجراء , أن يصبح الدائنون أصحاب الحقوق المقيدة على العقار قبل تسجيل التنبيه طرفا في الإجراءات من تاريخ هذا التأشير , كما يترتب على هذا الإجراء أن الدائن مباشر الإجراءات لا يستطيع أن ينزل عن إجـراءات التنفيذ إلا بموافقة هـؤلاء الدائنين جميعا أو بمقتضى أحكام نهائية هذا

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 667 .
– و راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 602 .
(2) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 498 .

من ناحية , ومن ناحية أخرى يصبح من حق كل دائن بمقتضى صفته في إجراءات التنفيذ المترتبة على هذا التأشير , أن يحل محل الدائن مباشر الإجراءات دون حاجة إلى المطالبة بذلك [1].

و يترتب على عدم إبلاغ هؤلاء الأشخاص في التشريع المصري ليس البطلان , و إنما الجزاء هو عدم جواز الاحتجاج بإجراءات التنفيذ في مواجهة من لم يعلن إليهم , كما أوجبت المادة 2/417 مرافعات مصري على المحضر القضائي الذي قام بإعلان ورقة الإخبار إخطار مكتب الشهر العقاري بحصوله خلال الثمانية أيام التالية له , و ذلك للتأشير به على هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية [2].

و كذلك الحكم في **التشريع الفرنسي** , إذ بعد أن يتم إيداع قائمة شروط البيع بالمحافظة العقارية يجب تبليغ بعض الأشخاص الذين لهم علاقة بإجراءات الحجز التنفيذي على العقار بقائمة شروط البيع و يتم تبليغ هؤلاء الأشخاص عن طريق المحضر القضائي , و بموجب ورقة من أوراق المحضرين و هذا وفقا لأحكام المادة 648 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و المادة 27 من القانون الصادر سنة 2006 و يهدف هذا التبليغ بإنذار الأشخاص ذوي الشأن بالإطلاع على قائمة شروط البيع بالمحكمة المختصة , كما يمكن الإطلاع على دفتر شروط البيع بمكتب محامي الدائن الذي تولى إجراءات الحجز , و يجب أن تتضمن تحت طائلة البطلان الشكلي لمحضر التبليغ و هذا وفقا للأحكام المواد 112 , و 114 من القانون السالف الذكر , و لا يتم الحكم بالبطلان إلا إذا تمسك به من تقرر هذا الحق لمصلحته , و عليه تتمثل هذه البيانات فيما يلي [3] :

1 – ذكر تاريخ تبليغ المحضر .
2 – ذكر كل البيانات المتعلقة بالدائن الحاجز( اسم و لقب الدائن و مهنته , مقر سكناه , و جنسيته وتاريخ و مكان ميلاده ).
3 – ذكر كل البيانات المتعلقة بالمحضر القضائي ( اسم و لقب المحضر القضائي و مكتبه , وتوقيعه).
4 – ذكر البيانات التي تفيد معرفة المدين المحجوز عليه .
5 – التنبيه بضرورة الاضطلاع على قائمة شروط البيع , و إبداء الاعتراضات كأقصى أجل ثلاثة أيام قبل جلسة الاعتراضات .
6 – ذكر تاريخ و توقيت الاعتراضات .
7 – ذكر تاريخ و توقيت جلسة إجراء المزايدة في حالة عدم تقديم اعتراضات .

---

(1) – راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 498 .

(2) – قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 390 لسنة 35, جلسة 1970.01.22 , أشار إليه الدكتور طلعت دويدار في مرجعه السابق ، و قد جاء في حيثيات القرار بأنه : ( إذا قضى ببطلان الإعلان المتضمن الإخبار بإيداع القائمة ، فإنه يترتب على ذلك أن التأشير على هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية بهذا الإخبار الباطل يعتبر كأن لم يكن )

(3) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 670 .

8 – تنبيه بأنه لا يمكن إجراء الاعتراضات إلا عن طريق محامي .
9 – تنبيه بأنه في حالة عدم تقديم الاعتراضات ثلاث أيام على الأقل قبل جلسة الاعتراضات , يترتب عليه سقوط حقهم في مواجهة الراسي عليه المزاد .

و أما بالنسبة للأشخاص الذي يتوجب على المحضر القضائي تبليغهم , فقد حددتهم المادة 689 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و هم :

أ– تبليغ المدين المحجوز عليه شخصيا أو في موطنه , كما يتجه الاجتهاد القضائي في فرنسا إلى قبول إجراء التبليغ في الموطن المختار (1).

**ب** – تبليغ الدائنين المقيدين أسمائهم بالمحافظة العقارية في موطنهم المختار.

**ج** – تبليغ الدائن بائع العقار و الذي لم يستلم مبلغ البيع , أو مقايض العقار في موطنه المختار , و في حالة عدم إمكان ذلك تبليغهم شخصيا .

**د** – إلى ورثة المدين مجتمعين في موطنهم المختار , و في حالة عدم إمكان ذلك في موطن مورثهم ودون ضرورة ذكر أسمائهم و صفاتهم .

و نشير في الأخير أن يجب القيام بالتبليغ خلال أجل ثمانية أيام من تاريخ قيد الإلزام بالدفع بالمحافظة العقارية , و هذا وفقا لنص المادة 1/689 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و المادة 44 من المرسوم الصادر بتاريخ 12 فيفري 2009 , و كذلك إيداع دفتر الشروط بكتابة ضبط المحكمة المختصة خلال أجل خمسة أيام من تاريخ التبليغ , و منه فإن الإخلال بهذا الإجراء يترتب عليه سقوط الإجراءات و اعتبارها كأن لم تكن , و بالتالي يتوجب على الدائن الحاجز إيداع قائمة شروط البيع من جديد (2).

و عليه و من خلال التشريعات الثلاث نجد تطابق من حيث البيانات التي يجب أن يتضمنه محضر التبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع , بالإضافة إلى الأشخاص المعنيين بالتبليغ , و الأجل الذي يتوجب تبليغهم فيه , إلا أن الاختلاف فيما يخص الجزاء المترتب , فالتشريع الجزائري لم يتضمن إشارة إلى ذلك و هذا في رأيينا قصور من المشرع الجزائري , و بالتالي نرى أنه كان على المشرع أن يحدد الجزاء المترتب على ذلك , و أما المشرع المصري فقد قرر جزاء عدم الاحتجاج بإجراءات التنفيذ وبقائمة شروط البيع في مواجهة من يتوجب تبليغهم , و في التشريع الفرنسي فإن الجزاء هو سقوط إجراءات القيد لدى المحافظة العقارية , و بالتالي يجب إعادة الإجراءات من جديد .

---

(1) -civ. Eme 16 novembre 1988, j.c.p.1989.21377, note prevault, glasson, tissier et morel, tome 5, n° 1289.

(2) -voir Pierre Julien – Gilles Taormina , op-cit , p 412,
-et Gerard Couchez , op-cit , p 235

## الفرع الثالث

## جلسة الاعتراضات

تهدف إجراءات الحجز التنفيذي على العقار إلى إخراج هذا الأخير من ملكية المدين أو الحائز و بيعه بالمزاد العلني , و لهذا حرص المشرع على أن تكون الإجراءات سليمة خالية من أي عيب قد تؤدي إلى عرقلة عملية البيع بالمزاد العلني , فكثرة المنازعات قد تؤدي إلى عزوف المزايدن عن التقدم للشراء أو قد يتقدم عدد قليل إلى المزايدة و بالتالي لا يؤدي إلى رفع ثمن العقار , و لأجل هذا يسعى المشرع إلى تطهير العقار , والوسيلة لتحقيق ذلك هي جلسة الاعتراضات على قائمة شروط البيع
**و يقصد بالاعتراض على قائمة شروط البيع معنيان :**

-**المعنى الأول** : **شكلي** : و يقصد به الوسيلة القانونية التي تستعمل لطرح المنازعات المتعلقة بالتنفيذ على العقار أمام القضاء.

-**المعنى الثاني** : **موضوعي** : ويقصد به ذات المنازعة في إجراءات التنفيذ , أو بعبارة أخرى الموضوع الذي يطرح من خلال الاعتراض إما بإثارة وجه بطلان شكلي , أو موضوعي بطلب البطلان – les demandes en nullité– وإما بإبداء الملاحظات –les observations– ذلك أن جلسة الاعتراض هي جلسة تصفية كل منازعة تتعلق بالحجز التنفيذي على العقار , وهناك نوع من الطلبات التي تقدم خلال جلسة الاعتراضات و هي طلبات وقف البيع القضائي أو وقف التنفيذ على العقار , فالاعتراض بهذا المعنى يشكل خصومة قضائية حقيقة حتى لو تعددت الاعتراضات شأنها شأن سائر الخصومات المتولدة عن منازعات التنفيذ , فهي وإن ارتبطت بإجراءات التنفيذ إلا أنها تعد مستقلة عنها [(1)].

و لقد نصت المادة 742 من ق.إ.م.إ :( تقدم الاعتراضات بعريضة من طرف الأشخاص المشار إليهم في المادة 740 أعلاه , أو ورثتهم إلى رئيس المحكمة قبل جلسة الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل و إلا سقط حقهم في التمسك بها , و تسجل الاعتراضات في سجل خاص بعد رفع الرسوم حسب تاريخ ورودها , و تعقد جلسة الاعتراضات في غرفة المشورة بحضور المعترض و الحاجز والمحضر القضائي. يفصل رئيس المحكمة في الاعتراضات بأمر غير قابل لأي طعن , في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام .

---

(1) – راجع د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 722 .
– و راجع د / عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص 43 .

إذا لم يقدم أي اعتراض بالجلسة , يؤشر أمين الضبط بذلك في السجل الخاص به , و يشرع المحضر القضائي في إجراءات الإعلان عن البيع بالمزاد العلني ) .

و من خلال نص المادة السالفة الذكر لم ينص المشرع الجزائري على مضمون الاعتراض , و ما ينطوي عليه من أسباب و مواضيع و دفوعات مخولة للأشخاص المعنيين بتقديم الاعتراضات و تركها للقواعد العامة , و نرى في هذا الشأن أن مضمون الاعتراضات لا تخرج من إحدى الحالات التي تلى عرضها ,و عليه فإما أن تقدم الاعتراضات بالبطلان لسبب شكلي و مثاله أن يفتقد أمر الحجز إلى بيان من البيانات الأساسية المذكورة في نص المادة 724 ق.إ.م.إ أو عدم تبليغ أمر الحجز إلى المحجوز عليه أو أن تفتقد قائمة شروط البيع إلى بيان أساسي من بيانات قائمة شروط البيع ,أو طلب البطلان بسبب موضوعي متعلق بمحل التنفيذ , أو بالحق الموضوعي كأن يكون حقا غير محقق الوجود أو معين المقدار أو أن يكون الدين قد انقضى بسبب من الأسباب كالوفاء مثلا , أو أن يكون الاعتراض متعلق بالحق في التنفيذ ,كما يمكن أن تكون الاعتراضات متعلقة بقائمة شروط البيع ,بقصد تعديلها أو تغييرها بالإضافة أو النقصان , و مثال ذلك أن يقترح تجزئة العقار إلى صفقات , أو أن يقترح تعديل الثمن الأساسي للبيع [1].

**إن جلسة الاعتراضات** لا تهدف فقط إلى تقديم دفوعات في الشكل أو الموضوع , أو الاعتراض على قائمة شروط البيع , بل يمكن أن قدم طلب وقف البيع الجبري للعقار , لسبب من الأسباب التي حددها المشرع , و بالرجوع إلى نص المادة 743 ق.إ.م.إ : ( يجوز لكل من المدين المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني , أن يطلب بطريق الاستعجال , وقف إجراءات البيع مؤقتا على العقار و/أو حق عيني عقاري أو أكثر من العقارات المحجوزة , إذا أثبت أن قيمة إحدى هذه العقارات و/أو الحق العيني العقاري كاف للوفاء بديون جميع الدائنين .

يحدد الأمر الإستعجالي العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية محل التوقيف المؤقت للبيع .

مع ذلك يجوز لكل دائن حتى بعد الحكم رسو المزاد أن يستمر في بيع تلك العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية إذا لم يكف الثمن الناتج عن البيع للوفاء بدينه ) .

من خلال مضمون نص المادة السالفة الذكر , نجد أن المشرع الجزائري منح طريقا أخر للاعتراض على البيع , و في حقيقة أن هذا الإجراء يهدف أساسا إلى وقف عملية البيع , قصد إعادة توجيه عملية البيع بالمزاد العلني , وذلك كإشكال وقتي في التنفيذ بحيث يكون وقف البيع فقط هو موضوع الاعتراض [2].

---

(1) – راجع أ / راشدي مراد ، المرجع السابق ، ص 34 .

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 682 .

و الغاية من طلب وقف البيع كما أشرنا هو إعادة توجيه عملية البيع بالمزاد العلني , و بالنتيجة فإن الهدف من وقف عملية البيع هو الحد من الأثر الكلي للحجز بخاصة في حالة ما إذا لم يتم تجزئة العقار أو حالة ما إذا كانت إيرادات العقار كافية للوفاء بأصل الدين و المصاريف , و ثانيا لرفع دعوى الفسخ.

**أ – <u>وقف البيع كوسيلة مؤقتة للحد من الأثر الكلي للحجز</u>** : و هذا ما أشارت إليه المادة 743 السالفة الذكر , و كذلك ما أشارت إليه المادة 744 بقولها : ( يجوز للمدين المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني , أن يطلب بطريق الاستعجال , تأجيل إجراءات بيع العقار و/أو الحق العيني العقاري إذا أثبت أن الإيرادات السنوية لهذا العقار و/أو الحق العيني العقاري لسنة واحدة كافية للوفاء بديون جميع الدائنين.

ويحدد الأمر الفاصل بتأجيل البيع الأجل الذي يستأنف فيه إجراءات البيع إذا لم يتم الوفاء مراعيا في ذلك المهلة اللازمة للمدين المحجوز عليه للوفاء , على أن لا تتجاوز سنة واحدة .

**ب – <u>وقف التنفيذ على العقار لرفع دعوى الفسخ</u>** : تتمثل هذه الحالة في أن بائع العقار محل التنفيذ أو المقايض به أثناء التنفيذ عليه , أو الشريك المقاسم أن يرفع على المشتري أو المقايض , و هو المدين المحجوز عليه , دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن أو فرق المقايضة , و في هذه الحالة يقوم المحضر القضائي بإنذاره كي لا يجهل , بأنه في حالة عدم رفع دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن أو الفرق في الثمن أو طلب إعادة البيع عن طريق المزاد العلني , و التأشير بذلك على قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل و إلا سقط حقه (1).

وهذا ما نصت عليه المادة 745 من ق.إ.م.إ : ( إذا وجد بين الدائنين , بائع العقار و/أو الحق العيني العقاري أو أحد المقايضين به أو الشريك المقاسم , بلغ له المحضر القضائي إنذارا بأنه في حالة عدم رفع دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن أو الفرق في الثمن أو طلب إعادة البيع عن طريق المزاد العلني و التأشير بذلك على قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للاعتراضات بثلاثة (3) أيام على الأقل و إلا سقط حقه في ذلك .

وغير أنه إذا رفع دعوى الفسخ أو قدم طلبا لإعادة البيع بالمزاد العلني في الأجل المحدد في الفقرة الأولى أعلاه , قام المحضر القضائي بتأشير قائمة شروط البيع , و توقف عن الاستمرار في إجراءات البيع إلى حين الفصل في هذه الدعوى من طرف قاضي الموضوع ) .

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 247 .

و عملا بالمادة 745 و 746 من القانون المشار إليه أعلاه , ترفع دعوى الفسخ وفقا للإجراءات العادية أمام قاضي الموضوع , بدائرة اختصاص المحكمة التي يباشر فيها إجراءات بيع العقار أو الحق العيني العقاري , و يترتب على رفع الدعوى وقف إجراءات البيع بالمزاد العلني إلى حين الفصل في هذه الدعوى , و في الأخير فنشير أن رئيس المحكمة الذي ينظر في الاعتراضات يصدر في شأنها أمر غير قابل لأي طعن , و هذا وفقا لأحكام المادة 3/742 ق.إ.م.إ : ( يفصل رئيس المحكمة في الاعتراضات بأمر غير قابل لأي طعن , في أجل أقصاه ثمانية أيام ) , و بالنسبة إلى طلبات وقف البيع و الذي ترفع أمام القاضي الإستعجالي , يفصل هذا الأخير في طلب وقف البيع على و في حالة قبول وقف البيع يجب أن يحدد القاضي الأجل الذي يستأنف بعده إجراءات البيع , على أن لا تتجاوز المهلة الممنوحة للمدين سنة واحدة , و هذا ما نصت عليه المادة 2/744 : ( يحدد الأمر بتأجيل البيع , الأجل الذي يستأنف فيه إجراءات البيع إذا لم يتم الوفاء , مراعيا في ذلك المهلة اللازمة للمدين المحجوز عليه للوفاء على أن لا تتجاوز سنة واحدة ) .

و بالنسبة لأحكام جلسة الاعتراض في التشريع المصري , فنرى أن هناك تطابق كبير بين التشريع الجزائري و التشريعات محل الدراسة , فقد خصص المشرع المصري وسيلة إجرائية قصد تصفية جماعية لكل منازعات التنفيذ المتعلقة بالعقار , سواء إشكالات موضوعية أو وقتية والاعتراض على قائمة شروط البيع هي الوسيلة التي قررها المشرع المصري في نص المادة 422 مرافعات مصري وتتمثل أوجه الاعتراض بالبطلان سواء كان بطلان لعيب شكلي شاب إعلان السند التنفيذي أو الإنذار أو إعلانه أو إنذار الحائز أو التنبيه على الكفيل العيني , و عموما سائر العيوب الشكلية التي وقعت في الإجراءات ما دامت قد قامت بسببها قبل الجلسة المحددة للاعتراضات , أو كانت أوجه البطلان لسبب موضوعي كما أشارت المادة السالفة الذكر إلى إمكانية إبداء ملاحظات حول قائمة شروط البيع [(1)].

و تتمثل هذه الملاحظات بالحذف أو الإضافة أو التعديل في قائمة شروط البيع , بالإضافة إلى هذه الاعتراضات أضاف المشرع المصري حالة أخرى يتخذ فيها الاعتراض كوسيلة لإبداء بعض طلبات وقف التنفيذ على العقار و ذلك كإشكال وقتي في التنفيذ , و قد أشارت المادة 424 مرافعات مصري إلى حالات طلب وقف التنفيذ على العقار في التشريع المصري , و هي وقف التنفيذ على الحصة الشائعة و الحالة الثانية هي وقف التنفيذ للحد من الأثر الكلي للحجز , و عليه و بالرجوع إلى نص المادة السالفة الذكر نصت على : ( لكل من المدين أو الحائز أو الكفيل العيني , أن يطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وقف إجراءات التنفيذ على العقار أو أكثر من العقارات المعينة في التنبيه , إذ أثبت أن قيمة العقار التي تظل الإجراءات مستمرة بالنسبة إليه , تكفي للوفاء بحقوق الدائنين الحاجزين و جميع

---

(1) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 433 .

– و راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 704.

الدائنين الذين صاروا طرفا فيها وفقا لأحكام المادة 417 , و يعين الحكم الصادر في هذا الاعتراض العقارات التي تقف الإجراءات مؤقتا بالنسبة إليها , و لكل دائن بعد الحكم بإيقاع البيع أن يمضي في التنفيذ على تلك العقارات إذا لم يكف ثمن ما بيع للوفاء بحقه .

و يجوز كذلك للمدين أن يطلب بالطريق ذاته تأجيل إجراءات بيع العقار , إذا أثبت أن صافي ما تغله أمواله في سنة واحدة يكفي لوفاء حقوق الدائنين الحاجزين , و جميع الدائنين الذين صاروا طرفا في الإجراءات , و يعين الحكم الصادر بالتأجيل الموعد الذي تبدأ فيه إجراءات البيع في حالة عدم الوفاء مراعيا في ذلك المهلة الازمة للمدين ليستطيع وفاء هذه الديون .

و يجوز إبداء الطلبات المقدمة إذا طرأت ظروف تبرر ذلك , في أية حالة تكون عليها الإجراءات إلى ما قبل اعتماد العطاء ) .

و في الأخير فتشير المادة 425 مرافعات مصري إلى الأحكام المتعلقة برفع دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن أو الفرق بالنسبة لمقايض العقار ثلاثة أيام على الأقل قبل الجلسة المحددة للنظر في الاعتراضات و إلا سقط حقه في ذلك , و هناك حالة أخرى يمكن الاعتراض عليها و طلب وقف التنفيذ على الحصة الشائعة و هذا ما نصت عليه المادة 423 مرافعات مصر ي , و تبدو الحكمة من هذا النص في التشريع المصري , هو تفادي بيع الحصص الشائعة بثمن لا يتناسب مع قيمتها الحقيقية و تبعيض الضمان مما يعود بالضرر على الدائن و المدين معا [(1)].

**و أما بالنسبة للتشريع الفرنسي** فقد تضمن أحكام تتعلق بجلسة الاعتراضات , بحيث يجب أن تقدم الاعتراضات بموجب عريضة مقدمة من طرف محامي باستثناء الطلب الذي يقدمه المدين شفاهة للبيع الاختياري للعقار , و تقدم الاعتراضات كأقصى أجل في جلسة الاعتراضات , و في حالة عدم القيام بذلك فإن كل الاعتراضات التي تقدم فيما بعد تكون غير مقبولة و هذا ما نصت عليه المادة 07 والمادة 7/39 من القانون رقم 27 جويلية 2006 , و يتضمن موضوع الاعتراض كل طلب يتعلق بعيب شكلي أو موضوعي , كما يمكن للمدين في يطلب إلغاء الإجراءات و هذا نظرا لحالة المدين , و يجب أن يتم هذا الطلب وفقا لأحكام المواد 4/3111 من قانون الاستهلاك , و التي تحيل إليه المادة 50 من القانون الصادر بتاريخ 27 جويلية 2006 , و يجب على قاضي التنفيذ أن يفصل في هذه الاعتراضات في جلسة الاعتراضات إذا أمكن ذلك , أو أن يؤجل الفصل في هذه الاعتراضات إلى جلسة أخرى و يترتب

---

(1) – راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 606 .
– و راجع ا د/ طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 684 .
– و راجع أيضا د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 449 .

علــى الفصل فــي الاعتراضات مــن طرف قاضي التنفيذ المختص , أن تصبح قائمــة شروط البيــع نهائية [1].

و في الأخير نشير أن هناك تطابق بين التشريع الجزائري , والتشريع المصري والتشريع الفرنسي فيما يخص أحكام الاعتراضات , إلا أننا نرى أن التشريع الفرنسي يمنح فرص أكثر لذوي الشأن لتقديم الاعتراضات , كما يمنح للمدين فرصة أن يطلب من قاضي التنفيذ أن يرخص له ببيع العقار بيعا إراديا وفق شروط و ظروف معينة , و هذا الحكم لا نجده في التشريع الجزائري و التشريع المصري , و عليه نرى أن هذا الإجراء فعال إذ يترتب عليه ربح الوقت الذي تستغرقه إجراءات البيع بالمزاد العلني بالإضافة إلى المصاريف التي يمكن تفاديها من طرف المدين , و نشير كذلك أن هذا الطلب يخضع للسلطة التقديرية لقاضي التنفيذ و بالتالي يمكن أن لا يستجيب لطلب المدين , و يأمر ببيع العقار بيعا جبريا بالمزاد العلني و منه نرى أنه كان على المشرع الجزائري أن يتبنى هذا الحكم في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [2].

# المبحث الثاني

# بيع العقار بالمزاد العلني

يترتب على الفصل في الاعتراضات أن تصبح قائمة شروط البيع نهائية , و منه ينتقل الدائن إلى مرحلة أخرى و هي مرحلة بيع العقار بالمزاد العلني , و لا تقل هذه المرحلة أهمية عن المراحل الأخرى و تتميز إجراءات بيع العقار بالبطء و التعقيد [3].

و يرجع ذلك إلى ما سبق عرضه من اعتبارات تميز التنفيذ العقاري بصفة عامة , إن بيع العقار بالمزاد العلني يمر عبر عدد معين من الإجراءات المتعاقبة , بدءا بإجراء الإعلان و لعل المشرع لم يكتف بتنظيم أحكام الإعلان الخاص فلهذا الإعلان غاية محددة كما سبقت الإشارة إليه , و هي تطهير العقار من كل المنازعات المحتملة و التي قد تؤدي إلى عرقلة عملية البيع و بالتالي عدم تحقيق الحجز التنفيذي على العقار غايته و المتمثلة في تحويل الأشياء المحجوزة إلى مبالغ مالية و من ثمة استيفاء الدائنين لأموالهم .

---

(1) - voir Stephanie Gensole - Marie Hélene , op-cit , p 80 .
(2) -voir Claude Brenner , op-cit , p 177 .
(3) – راجع أ / راشدي مراد ، المرجع السابق ، ص 29 .
- et voir Stephanie Gensole - Marie Hélene , op-cit , p 81

و بجانب الإعلان الخاص نظم المشرع إجراء آخر و هو إعلام الجمهور بإجراء بيع بالمزاد العلني لعقار محجوز , فيتقدم من لديهم رغبة في الشراء و تقديم عطاءات للشراء , و عليه فقد حرص المشرع أن يحقق الإعلان غايته من خلال اعتماد عدة وسائل و طرق لإعلام أكبر عدد من الجمهور وأي تقصير في عملية الإعلان يؤدي إلى قلة المزايدين و بالنتيجة قلة العطاءات , و لعل المشرع قد تحسب لمثل هذه الحالات , و أقر بإمكانية تأجيل جلسة البيع مع وجوب إعادة الإعلان بمختلف الوسائل التي حددها القانون .

و إذا ما تم الإعلان بالطريقة التي نص عليها القانون , فيتم الشروع في جلسة البيع بالمزاد العلني وفق إجراءات و شكليات معينة , و تتوقف عملية البيع برسو المزاد على أعلى عطاء و بدفع الثمن و لا يكون البيع نهائيا في بعض التشريعات إلا بعد مرور مدة زمنية معينة يحددها القانون , و تظهر الحكمة من ذلك و هو فتح المجال لعطاء أخر أكبر من العطاء الذي رسى عليه المزاد , وهذا ما يسمى بالمزايدة بنسبة معينة من الثمن , و بعد انقضاء هذه المهلة يصبح البيع نهائيا و بالتالي تنتقل ملكية العقار إلى الراسي عليه المزاد , إذ يعتبر حكم رسو المزاد سندا تنفيذا يخول لصاحبه بعض الحقوق مثل إلزام المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني أو الحارس تسليم العقار .

إن فكرة البيع الجبري القضائي سواء للمنقول أو العقار , له نظامه الإجرائي و آثاره القانونية وترتبط هذه الفكرة أساسا بالتكييف القانوني , و قد رأينا بصدد استعراضنا لإجراءات البيع الجبري للمنقول أن هناك اختلاف كبير بين الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للبيع الجبري القضائي و لن نعيد تكرار ذكر هذه النظريات [(1)].

إلا أننا نؤيد الرأي الذي يعتبر البيع الجبري القضائي , إحدى وسائل الإجبار القانوني على المعاوضة و هو نظام اقتصادي بحسب الغاية منه يرمي إلى تحويل الشيء المبيع إلى مبلغ مالي من النقود .

و يخضع البيع الجبري القضائي من حيث تكوينه لقواعد القانون الإجرائي , فهو يتميز بنظام إجرائي وبخصائص عضوية و شكلية معينة تميزه عن غيره من البيوع أهمها أنه يجري بواسطة و للبيع الجبري القضائي أهمية كبير في تحقيق الحماية التنفيذية , و تظهر الحكمة منه في الخشية من أن ينتهز المشتري فرصة بيع المال جبرا عن صاحبه فيقدم له ثمنا بخسا , و لذا فإن المزاد العلني يكفل زيادة القضاء و عن طريق المزاد العلني , و لا تتم إجراءاته إلا بعد دفع الثمن [(1)].

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 720 .

(2) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 209 .

عدد المتعاقدين للشراء و المنافسة بينهم , مما يؤدي إلى رفع الثمن إلى أقصى حد ممكن , وفي هذا مصلحة الدائنين و مصلحة المدين المحجوز عليه , و ذلك فضلا على أن علانية إجراءات البيع تتيح الرقابة على هذه الإجراءات , و تحول دون التلاعب أو محاباة بعض الأشخاص في الشراء.

ولقد عنيت التشريعات الثلاث محل الدراسة بتنظيم أحكام البيع الجبري القضائي , و عليه سنحاول التطرق إلى هذه العملية الإجرائية , حيث سنتطرق في المطلب الأول إلى إجراءات الإعلان , و أما في المطلب الثاني سنخصصه لعملية البيع بالمزاد العلني , و في المطلب الثالث سنتطرق فيه إلى بعض البيوع العقارية الخاصة , و باعتبار أن المشرع الجزائري قد استحدث أحكام جديدة تتعلق بالبيع الجبري القضائي , بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية , و بالتالي سنحاول الوقوف على هذه الأحكام الجديدة .

## المطلب الأول
## إجراءات الإعلان و النشر

سبق لنا و أن تناولنا الإعلان عن بيع العقار بالمزاد العلني , عند التعرض للإعلان عن قائمة شروط البيع للمدين المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني إن وجد و كذلك الدائنين المقيدين , ولم يكتفي التشريع الجزائري على غرار التشريع المصري و التشريع الفرنسي بالإعلان الخاص , بل أوجب إعلان قائمة شروط البيع إلى الجمهور , بالإضافة إلى إعلان أطراف التنفيذ بساعة و مكان جلسة البيع بالمزاد العلني , و هذا ما نصت عليه المادة 747 ق.إ.م.إ : ( يخطر المحضر القضائي جميع الدائنين المقيدين و المدين المحجوز عليه و الحائز و الكفيل العيني إن وجد , بتاريخ و ساعة ومكان جلسة البيع بالمزاد العلني , ثمانية أيام قبل الجلسة على الأقل ) , و نشير أن المشرع الجزائري قد استعمل مصطلح الإخطار و بالتالي فإن الإخطار يختلف من حيث آثاره عن الإعلام .

و الأصل في القانون الإجرائي أنه قائم على مبدأ العلانية , ففي مجال الدعوى القضائية يجب تكليف المدعى عليه لحضور الجلسة و تقديم دفوعه , و في ممارسة حق الطعن يجب تبليغ الحكم أو القرار لحساب مواعيد الطعن , و في مجال الحماية التنفيذية يجب تبليغ المدين ليستعد للإجراءات التي ستتخذ في حقه , و عليه فإن مبدأ العلانية قائم على وسيلة إجرائية و هي التبليغ , و ذلك تجسيدا للقاعدة القانونية القائلة لا تكليف إلا بمعلوم , إلا ما استثناه القانون بنص خاص .

و الحكمة من الإعلان و كما سبق ذكره , هو إحاطة أكبر عدد ممكن من الجمهور ليتقدم أكبر عدد من المزايدين , و بالتالي تتحقق الغاية من البيع بالمزاد العلني من خلال كثرة العطاءات وبالنتيجة ارتفاع ثمن العقار , و بالتالي تصل الحماية التنفيذية إلى مبتغاها من خلال استيفاء الدائن والدائنين المقيدين حقوقهم بالإضافة إلى المصاريف الأخرى سواء منها المصاريف القضائية أو المستحقات التي تجب للدولة مثل الضرائب الناتجة عن عملية بيع العقار , أو غيرها من المصاريف .

و إعلان البيع الموجه للجمهور يكون بعدة وسائل حديثة , فإذا كان من السهل إعلام الجمهور في المدن و القرى الصغرى , عن طريق المناداة في الأسواق و في الأماكن العامة , و قد تحقق هذه الوسيلة غايتها , إلا أن الأمر ليس كذلك في المدن الكبرى , و بالتالي يجب أن تتعدد وسائل الإعلان سواء عن طريق وسائل الإعلام المكتوبة , و عن طريق النشر و التعليق في أماكن محددة , و عن طريق الإطلاع المباشر على قائمة شروط البيع سواء لدى المحكمة , أو لدى الشخص الذي تولى تحرير هذه القائمة.

و لقد تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد تحديد الوسائل التي يجب من خلالها القيام بإعلان عن البيع بالمزاد العلني , حيث يقوم المحضر القضائي بإخطار أطراف الحجز , و هذا وفقا لأحكام المادة 3/747 من القانون السالف الذكر , كما يقوم المحضر القضائي بتعليق و نشر الإعلان عن البيع بالمزاد العلني , في باب أو مدخل العقار المحجوز , و في لوحة إعلانات المحكمة و غيرها من الأماكن التي حددتها 750 من نفس القانون , و في الأخير ينشر المحضر القضائي مضمون السند التنفيذي القضائي و ملخص قائمة شروط البيع في جريدة وطنية أو أكثر حسب أهمية العقار [1].

و نشير في الأخير أن مدة الإعلان يجب أن تتروح بين 20 يوما على الأقل , و 30 ثلاثون يوما على الأكثر .

و لاشك في أن التشريع المصري و على غرار التشريع الجزائري قد تضمن تنظيم أحكام الإعلان حيث يقوم الإعلان العام قلم كتاب محكمة التنفيذ المختصة من تلقاء نفسه , و ذلك قبل اليوم المحدد للبيع بمدة لا تتجاوز ثلاثين يوما و لا تقل عن خمسة عشر يوما , و يكون ذلك باللصق والنشر , و هذا وفقا لأحكام المادة 428 مرافعات مصري [2].

---

(1) – راجع أ / بدوي عبد العزيز ، مقال بعنوان إجراءات بيع العقار ، ملتقى حول إجراءات الحجز التنفيذي على العقارات والحقوق العينية العقارية المشهرة و غير المشهرة ، قسنطينة بتاريخ 05 ديسمبر 2009 ، ص 45–46 .

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 721 .

– د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 683–639 .

و نفس الأمر نظمه المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر بتاريخ 27 جويلية 2006 و كذلك المرسوم الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 2006 , و يكون الإعلان في التشريع الفرنسي عن طريق لصق إعلان البيع , بالإضافة إلى نشر الإعلان في جريدتين محلية أو جهوية , و المدة المحددة للإعلان في التشريع الفرنسي يجب أن لا تتجاوز شهران و أن لا تقل عن شهر من تاريخ جلسة البيع بالمزاد العلني [1].

و عليه فإن التشريعات الثلاث تتضمن أحكام تتعلق بالإعلان عن إجراء البيع بالمزاد العلني , وهذا ما سنحاول التطرق إليه بنوع من التفصيل .

## الفرع الأول

## الإعلان عن طريق اللصق

قد يتجه فضول الناس إلى قراءة بعض الإعلانات الموجودة في أماكن معينة , و عليه فتظهر أهمية التعليق في جلب فضول الناس و بالتالي الإطلاع على مضمون الإعلان , و قد تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تنظيم أحكام اللصق في نص المادة 748 ق.إ.م.إ : ( يقوم المحضر القضائي , بعد إيداع قائمة شروط البيع , بنشر مستخرج من هذه القائمة في جريدة يومية وطنية والتعليق في لوحة الإعلانات بالمحكمة خلال ثمانية (8) أيام التالية لآخر تبليغ رسمي بإيداع القائمة وترفق صورة من الإعلان في الجريدة و نسخة من محضر التعليق مع ملف التنفيذ .
يجوز لكل شخص الإطلاع على قائمة شروط البيع في مكتب المحضر القضائي أو في أمانة ضبط المحكمة ) .

و عليه يتمثل اللصق في و ضع إعلانات عن البيع في أماكن معينة ذكرها القانون , حيث يقوم المحضر القضائي بتحرير مستخرجا من مضمون السند التنفيذي , و قائمة شروط البيع موقعا منه ونعني بالمستخرج ملخص للإعلان يضمن نقل بعض البيانات من السند التنفيذي , مثل أطراف التنفيذ والحق الذي يسعى الدائن لاقتضائه , و كذلك إذن القضاء لتوقيع الحجز على أموال المدين , كما يتضمن هذا المستخرج قائمة شروط البيع [2].

---

(2)– راجع الموقع الإلكتروني التالي : http://www.google.be/search?hl=fr=vente+judiciare+forc

(2) – راجع / القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 147 .

و نشير في هذا الصدد أن المستخرج لا يتضمن نقلا كاملا لقائمة شروط البيع , و إنما أهم البيانات التي تفيد الغير ببيع العقار , بالإضافة إلى مستخرج من السند التنفيذي و قائمة شروط البيع ويجب أن يتضمن المستخرج و بالأخص البيانات التالية :

1 – اسم و لقب كل من الدائن الحاجز و المدين المحجوز عليه و الحائز و الكفيل العيني إن وجد وموطن كل منهم .

2 –تعيين العقار كما ورد في قائمة شروط البيع.

3 – الثمن الأساسي لكل جزء من العقار و/أو الحق العيني العقاري.

4 – تاريخ و ساعة البيع بالمزاد العلني .

5 –تعيين المحكمة التي يجري فيها البيع أو أي مكان آخر للبيع.

و أما بالنسبة للأماكن التي حددها المشرع الجزائري و التي يمكن فيها التعليق , فقد تضمنتها المادة 750 ق.إ.م.إ : ( يتم تعليق و نشر الإعلان عن البيع بالمزاد العلني وفق ما يأتي :

1 – في باب أو مدخل كل عقار من العقارات المحجوزة أرضا أو مباني.

2 – في جريدة يومية وطنية أو أكثر حسب أهمية اعقار المحجوز .

3 – في لوحة الإعلانات بالمحكمة التي يتم فيها البيع.

4 – في لوحة الإعلانات بقباضة الضرائب و البلدية التي يوجد فيها العقار .

5 – في الساحات و الأماكن العمومية .

6 – و في أي مكان آخر يتحمل أن يضمن جلب أكبر عدد من المزايدين.

يثبت نشر و تعليق الإعلان بتقديم صورة من الجريدة , أو تأشيرة الموظف المؤهل على هامش الإعلان المنشور و يرفق مع ملف التنفيذ ).

و نشير في الأخير أن أماكن التعليق جاء ذكرها على سبيل المثال , و بالتالي ليس لازما التعليق في كل هذه الأماكن , إذ يمكن عدم التعليق في بعض الأماكن دون الأخرى متى رأى المحضر القضائي ضرورة لذلك , كما تجيز الحالة السادسة من المادة السالفة الذكر للمحضر القضائي أن يقوم بتعليق المستخرج في أي مكان يحتمل أن يجلب أكبر عدد ممكن من المزايدين , و يجب أن يراعي في ذلك القواعد و الأحكام المتعلقة بالتعليق , إذ أننا نرى أنه لا يجب أن يغالي المحضر القضائي في التعليق وبالتالي يهم بالقيام بذلك في كل الأمكنة دون أي اعتبار لخصوصية بعض الأمكنة , أو منع التعليق في بعض الأمكنة , كأن يتم التعليق عند مدخل المسجد , و في اعتقادنا أن هذا الأمر قد يكون فيه نوع من الإساءة و التجريح بسمعة المدين المحجوز عليه .

و أما بالنسبة لأحكام التعليق **في التشريع المصري** , فقد تضمنت المادة 428 مرافعات مصري وما يليها النص على إجراءات النشر و التعليق , و يتم التعليق في مضر من طرف قلم كتاب محكمة التنفيذ المختصة من تلقاء نفسه , و قد تضمنت المادة 428 مرافعات مصري تحديد البيانات التي يجب أن تتضمنها الملصقات و هي :

1 – اسم كل من باشر الإجراءات والمدين و الحائز والكفيل العيني و لقبه و مهنته و الموطن المختار.

2 – بيان العقار وف ما ورد في قائمة شروط البيع.

3 – تاريخ محضر إيداع قائمة شروط البيع .

4 – الثمن الأساسي لكل صفقة– طبقا لما ورد في قائمة شروط البيع , و إذا كان قد عدل بحكم بناء على الاعتراض المقدم على القائمة – [(1)].

و بالنسبة للأماكن التي حددها التشريع المصري لإجراء اللصق فقد تضمنتها المادة 429 مرافعات مصري , و هي الأمكنة التالي بيانها :

– باب كل عقار من العقارات المطلوب بيعها إذا كانت مسورة أو إذا كانت مباني .

– باب مقر العمدة في القرية التي تقع فيها الأعيان , و الباب الرئيسي للمركز أو القسم الذي تقع الأعيان في دائرته.

– اللوحة المعدة للإعلانات بمحكمة التنفيذ .

و إذا تناول التنفيذ عقارات تقع في دوائر محاكم أخرى تلحق الإعلانات أيضا في لوحات هذه المحاكم و يثبت المحضر في ظهر إحدى صور الإعلان أنه أجرى اللصق في الأمكنة المتقدمة الذكر و يقدم هذه الصورة لقلم الكتاب لإيداعها ملف التنفيذ [(2)].

و أما أحكام التعليق **في التشريع الفرنسي** فقد المرسوم الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 2006 , و قد حرص المشرع الفرنسي في هذا التعديل على تحقيق جملة من الأهداف , و هي جعل وسيلة الإعلان أكثر نجاعة و فعالية , و تبسيطها قدر المستطاع , احترام مشاعر المدين و صون كرامته قدر المستطاع , و ذلك من خلال تقليص البيانات التي يجب أن يتضمنها الإعلان , و كذلك تقليص من نفقات النشر و التعليق من خلال تقليص البيانات التي تتضمنها اللافتات , و من خلال تقليص عدد الجرائد التي يشرط الإعلان فيها عن البيع [(3)].

---

(1) –راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 459 .

(2) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 459 .

(3) – لقد تضمن القانون الصادر بتاريخ 27 جويلية 2006 أغلب الأحكام المنصوص عليها في القانون رقم 657–97 و الصادر بتاريخ 39 جويلية 1997 , و كذلك المرسوم رقم 77–2002 الصادر بتاريخ 11 جانفي 2002 .

- et voir Gerard couchez , op-cit , p 241.

و يتم الإعلان بسعي من الدائن مباشر إجراءات الحجز , حيث يقوم بتحرير ملخص الإعلان يتضمن بعض البيانات , مثل اسم و لقب و موطن الدائن مباشر الحجز , و كذلك الإشارة إلى وكليه المحامي , تعيين العقار مع الإشارة إلى ما إذا كان العقار مشغولا أم لا بالإضافة إلى كل البيانات المتعلقة بالعقار , تحديد تاريخ و مكان إجراء البيع , و كذلك تحديد الثمن الأساسي لافتتاح جلسة المزاد العلني , كما يجب ذكر أنه يمكن الإطلاع على دفتر شروط البيع بالمحكمة المختصة , و يتم إيداع هذا الملخص بكتابة ضبط المحكمة لكي يتم تعليقه , كما يقوم الدائن الحاجز بتعليق إعلان البيع بمدخل العقار المحجوز عليه و في أي مكان أخر يمكن للجمهور الإطلاع عليه , و نشير أن الإعلان الذي يراد تعليقه يجب أن لا يتضمن الإشارة إلى اسم المدين المحجوز عليه و موطنه , كما يجب أن لا يتضمن الإشارة إلى أن هذا البيع هو بيع جبري للعقار , و هذا وفقا لأحكام المادة 65 من المرسوم الصادر بتاريخ 27 جويلية 2006 [(1)].

و في الأخير نلاحظ أن كل من التشريعات الثلاث تتضمن تقريبا نفس الأحكام المتعلقة بإعلان البيع إلا أن التشريع الفرنسي و في التعديل الأخير لسنة 2006 حرص على أن تكون هذه الوسيلة الأكثر فعالية و الأقل تكلفة .

و ما لفت انتباهنا هي تلك اللمسة الإنسانية التي حرص المشرع الفرنسي على تحقيقها , و هذا ما أشرنا إليه بصدد الحديث عن إجراءات التعليق في التشريع الجزائري و هذا ما يفتقده هذا الأخير فنزع ملكية المدين المحجوز عليه أمر مفروغ منه , و لكن ليس هناك ما يمنع أن يتم ذلك في إطار أكثر إنسانية .

## الفرع الثاني
## الإعلان عن طريق النشر

لا شك في أن الإعلان عن طريق اللصق قد يحقق نتيجة ما , إلا أنها غير كافية و هذا بالمقارنة مع الأهمية التي يحضى بها العقار , و عليه كان من الطبيعي أن يقرر المشرع وسيلة أخرى أكثر فعالة ونجاعة و هي النشر , و نظرا لمكانة و دور الإعلام في حياة الأفراد فإن الإعلان عن البيع ووصوله إلى سبيل أكبر عدد ممكن من الناس يتحقق من خلال الجرائد اليومية .

ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام الإعلان سواء اتخذت وسيلة اللصق أو النشر بموجب نفس المواد وعليه فقد تضمن المادة 748 و المادة 749 ق.إ.م.إ أحكام تتعلق بالنشر , و نؤكد في هذا المجال أن الذي يتولــى تحرير مستخرج مــن السند التنفيذي و قــائمة شروط البيع هو المحضر القضائي , و يقوم

---

(1) – و هذا ما أشرنا إليه أن القانون الفرنسي في التعديل الجديد لسنة 2006 ، يسعى إلى صون كرامة و مشاعر المدين المحجوز عليه .

بإعلان هذا المستخرج على نفقة الدائن , و بالرجوع إلى نص المادة 1/748 ق.إ.م.إ : ( يقوم المحضر القضائي , بعد إيداع قائمة شروط البيع , بنشر مستخرج من هذه القائمة في جريدة يومية وطنية و التعليق في لوحة الإعلانات بالمحكمة خلال ثمانية (8) أيام التالية لآخر تبليغ رسمي بإيداع القائمة و ترفق صورة من الإعلان في الجريدة و نسخة من محضر التعليق مع ملف التنفيذ) .

وعليه , يجب نشر مستخرج الإعلان في إحدى الجرائد اليومية الوطنية , أو أكثر حسب أهمية العقار , و نشير في هذا الصدد أن المشرع الجزائري اعتبر الإعلان في جريدة يومية وطنية أو أكثر كفيل بتحقيق الإعلان لغرضه , إلا نرى أنه ليس في كل الحالات قد يكون الأمر كذلك , ففي رأينا أن الإعلان في الجرائد المحلية قد يكون أنجع , و بخاصة إذا كان العقار متواجد بهذه المناطق , و كانت الجرائد المحلية أكثر مقروئية من الجرائد الوطنية , و منه نرى أن حصر الإعلان في هذا النوع من الجرائد ليس مجدي في كل الحالات , و بالتالي كان على المشرع أن يتنبه إلى هذه الحقيقة و ينص على خيارات أخرى .

و يثبت نشر و تعليق الإعلان بتقديم صورة من الجريدة , أو تأشيرة الموظف المؤهل على هامش الإعلان المنشور و يرفق مع ملف التنفيذ.

و في الأخير لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أحكام تتعلق ببطلان إجراءات الإعلان في حالة الإخلال أو التقصير , لكنه بالمقابل منح الحق للدائنين الحاجزين و الدائنين المتدخلين في الحجز , و حتى المدين المحجوز عليه و الحائز و الكفيل العيني طلب إلغاء إجراءات النشر والتعليق و ذلك بتقديم عريضة إلى رئيس المحكمة قبل جلسة البيع بثلاثة أيام على الأقل و إلا سقط حقهم **و يترتب على رفع الأمر إلى رئيس المحكمة إحدى الفرضيتين :**

– **الفرضية الأولى** : إذا رأى رئيس المحكمة أن إجراءات النشر و التعليق صحيحة , و لا يشوبها أي عيب أو خلل و بالتالي يرفض الطلب , و يأمر بافتتاح البيع بالمزاد العلني .

– **الفرضية الثانية** : في حالة وجود خلل أو عيب في إجراءات الإعلان فيقبل الطلب , و يؤجل البيع إلى جلسة لاحقة , و يأمر بإعادة الإجراءات على نفقة المحضر القضائي الذي أخل بواجب الإعلان .

و في الأخير نشير أن رئيس المحكمة يفصل في هذا الطلب , يوم البيع و قبل افتتاح البيع بالمزاد العلني بأمر غير قابل لأي طعن , و قد تضمنت المادة 751 ق.إ.م.إ هذه الأحكام بنصها : ( يمكن للدائنين الحاجزين و الدائنين المتدخلين في الحجز و المدين المحجوز عليه و الحائز و الكفيل العيني تقديم عريضة إلى رئيس المحكمة لطلب إلغاء إجراءات النشر و التعليق قبل جلسة البيع بثلاثة (3) أيام على الأقل , و إلا سقط حقهم في ذلك .

يفصل رئيس المحكمة في طلب الإلغاء يوم البيع و قبل افتتاح البيع بالمزاد العلني , بأمر غير قابل لأي طعن .

إذا قرر إلغاء إجراءات النشر و التعليق , أجل البيع إلى جلسة لاحقة و أمر بإعادة هذه الإجراءات على نفقة المحضر القضائي .
إذا فصل برفض طلب الإلغاء , أمر بافتتاح البيع بالمزاد العلني فورا ) .

**و أما في مصر** فإن إجراء النشر لا يختلف عنه في التشريع الجزائري , و كما أشرنا بصدد الحديث عن إجراء التعليق فإن الذي يتولى الإعلان قلم الكتاب و هذا وفقا لنص المادة 430 مرافعات مصري حيث نصت على : ( يقوم قلم الكتاب في الميعاد المنصوص عليه في المادة 428 بنشر نص الإعلان عن البيع في إحدى الصحف اليومية المقررة للإعلانات القضائية , و لا يذكر في هذا الإعلان حدود العقار ) و استثنت المادة السالفة الذكر بيان حدود العقار لأنها عادة ما تكون تفصيلية اقتصادا في نفقات النشر [1].

و قد تضمن الفقرة الثانية من هذه المادة إثبات وسيلة النشر , بأن تودع في ملف التنفيذ نسخة من الصحيفة التي حصل فيها النشر , مؤشرا عليها من قلم كتاب المحكمة.

و كما أجازت المادة 431 مرافعات مصري للدائن الحاجز و المدين الحائز و الكفيل العيني وكل ذي مصلحة , أن يطلب من قاضي التنفيذ استصدار إذن بنشر إعلانات أخرى عن البيع في الصحف وغيرها من وسائل الإعلام , أو بلصق عدد آخر من الإعلانات بسبب أهمية العقار .

و في الأخير و بالنسبة للتظلم على إجراءات الإعلان في التشريع المصري , و هي تتشابه إلى حد التطابق مع التشريع الجزائري , فقد تضمنت أحكامه المادة 432 مرافعات مصري :( يجب على ذوي الشأن إبداء أوجه البطلان في الإعلان بتقرير في قلم الكتاب قبل الجلسة المحددة للبيع بثلاثة أيام على الأقل , و إلا سقط الحق فيها .

و يحكم قاضي التنفيذ في أوجه البطلان في اليوم المحدد للبيع قبل افتتاح المزايدة , و لا يقبل الطعن في حكمة بأي طريق .
و إذا حكم ببطلان إجراءات الإعلان أجل القاضي البيع إلى يوم يحدده , و أمر بإعادة هذه الإجراءات و في حالة إعادة الإعلان , فتكون مصاريف إعادة الإجراءات على حساب المحكمة أو المحضر المتسبب فيها حسب الأحوال ) [2] .

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 250 .
(2) –راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 509 .

و بالنسبة لإجراءات النشر في **التشريع الفرنسي** , و كما أسلفنا الذكر بصدد الحديث عن إجراءات التعليق , فإن نشر إعلان البيع يختلف عنه في التشريع الجزائري و التشريع المصري , وكما أشرنا سابقا فإن الذي يتولى القيام بإجراءات النشر هو الدائن مباشر الإجراءات , حيث يقوم بتحرير ملخص إعلان البيع يتضمن بعض البيانات حددتها المادة 64 من المرسوم الصادر بتاريخ 27 جويلية 200 ويودع هذا الإعلان بكتابة ضبط المحكمة التي يجرى في دائرة اختصاصها التنفيذ قصد تعليقه ثم يتولى نشر هذا الإعلان في نشرة الإعلانات القانونية للدائرة التي يقيم فيها (1).

و هناك ملخص آخر يقوم بتحريره الدائن , و ميزة هذا الملخص أنه ليس تفصيلي كما هو الحال في الملخص الأول , إذ لا يتم ذكر في هذا الملخص بيانات تتعلق بالمدين , و كما لا يجب أن يتضمن أي عبارة تفيد بأن هذا البيع هو بيع جبري للعقار , و بعدها يقوم الدائن بتعليق هذا الإعلان على مدخل العقار بالإضافة إلى نشر هذا الإعلان في جريدتين يوميتين محلية أو جهوية .

و نشير أنه يمكن للدائنين المتدخلين في الحجز أن يبادروا إلى إجراء إعلانات إضافية دون حاجة إلى إذن من القضاء , و يشترط في هذا عدم تحميل المدين نفقات إضافية , و كذلك عدم ذكر اسم المدين المحجوز عليه في الإعلان , و كذلك عدم الإشارة إلى الطبيعة الجبرية للبيع , هذا و يجب عدم الخلط في التشريع الفرنسي بين مبادرة الدائنين للزيادة في الإعلان , و بين الاحتجاج على طريقة إجراء الإعلان و من ثم طلب إلغائه أو الزيادة فيه , فهذا لا يتم إلا بناءا على عريضة تقدم لقاضي التنفيذ من طرف الدائن مباشر الإجراءات , أو الدائنين المتدخلين أو حتى من طرف المدين نفسه ويجب أن يقدم الطلب خلال أجل شهران من تاريخ البيع , و ينظر القاضي في هذا الطلب , فإما أن يأمر بإلغاء الإعلان , أو الزيادة فيه , و يكون حكمه غير قابل لأي وجه طعن و هذا وفقا لأحكام المادة 70 و المادة 71 من المرسوم الصادر بتاريخ 27 جويلية 2006 (2).

---

(1) – Gérard couchez , op-cit , p 242 .
- Et voir Claude Brenner , op-cit , p 189 .

(2) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 251 .

# المطلب الثاني

# جلسة البيع بالمزاد العلني

لقد حرص المشرع على صحة إجراءات الحجز التنفيذي على العقار , بدءا بأول إجراء إلى آخره و منه نجد تفصيلا مدققا لإجراءات الحجز التنفيذي على العقار , و أن الإخلال بأي حكم قد يؤدي إلى سقوط الدعوى التنفيذية برمتها , أو سقوط الإجراء و من ثم يجب إعادة إجرائه .

و لقد خول المشرع لذوي الشأن في الدعوى التنفيذية , الحق في اللجوء إلى القضاء لطلب إبطال الإجراء أو حتى إبطال كل الإجراءات إذا كان الإجراء ينطوي على عيب جوهري , لأجل هذا شرع المشرع جلسة للنظر في الاعتراضات و منه يتم الفصل في الاعتراضات المحتملة التي قد تؤدي إلى عدم تحقيق الغاية من الحجز التنفيذي , و لم يكتفي المشرع بهذا الحد من المراقبة لأنه حتى و بعد الفصل في الاعتراضات قد يحدث و أن تستجد أمور أخرى قد تعرقل إجراء البيع بالمزاد العلني , مثل الاعتراض على الإعلان لهذا يتولى القاضي الذي يجري البيع و قبل افتتاح جلسة المزاد التحقق من بعض الأمور و هي :

1 / يفصل القاضي قبل فتح جلسة البيع بالمزاد العلني في طلب إلغاء إجراءات النشر و التعليق .

2 / يقدر القاضي على ضوء ما تم صرفه خلال جميع مراحل التنفيذ إلى يوم البيع بالمزاد العلني بموجب أمر على عريضة المصاريف , و يعلن عن هذا التقدير قبل افتتاح المزاد العلني باعتبار أن المصاريف تدخل ضمن نطاق حقوق الامتياز , و ينوه عنها في حكم رسو المزاد فيما بعد لكونه سندا تنفيذيا .

إن البيع الجبري بالمزاد العلني كما سبق ذكره يخضع للقانون الإجرائي , و هو يتميز بنظام إجرائي وبخصائص عضوية و شكلية معينة , و منه فهو يخضع لبعض القواعد و هي:

- **<u>القاعدة الأولى</u> : <u>افتتاح المزايدة و تقديم العطاء</u>** : إن افتتاح المزايدة ما هو إلا دعوة لتقديم العطاءات و العطاء هو الثمن الذي يعرضه المزايد و الذي يرغب في الشراء , و يجب أن في هذا العطاء أن لا يقل عن الثمن الأساسي و أن لا يقل على مبلغ معين , كما لا يجوز أن يكون العطاء مقترن بشرط .

- **<u>القاعدة الثانية</u> : <u>اعتماد العطاء لا يعتبر بيعا</u>** : لا يتم البيع في المزايدات إلا برسو المزاد , و يسقط العطاء بعطاء يزيد عليه , و هذا يعني أن التقدم بالعطاء في المزايدة ليس إلا إيجابا من صاحب العطاء

و لا بد لانعقاد العقد من أن يقابله قبول بإرساء المزاد عليه ممن يملكه [1].

و لا يتم العقد في البيع بالمزاد العلني برسو المزاد , إذ يجب دفع الثمن الراسي عليه المزاد بالإضافة إلى المصاريف القضائية , و صدور حكم برسو المزاد , و عليه فإن اعتماد العرض يعتبر مجرد اتفاق على أن يتقيد الراسي عليه المزاد عطاؤه بدفع الثمن .

– **<u>القاعدة الثالثة</u> : <u>مبدأ استقلال العروض</u>** : إن المبدأ الذي يسود سير البيع بالمزاد العلني , هو مبدأ استقلال العروض عن غيره من العروض , و يعد العرض في ذاته إيجابا غير مقترن بأي شرط ومتى أعقب هذا العرض عرض أخر يزيد عليه , فإن العرض يسقط حتى و لو كان العرض الأخير باطلا و هذا ما نصت عليه المادة 69 من القانون المدني بقولها : ( لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو و يسقط المزاد بمزاد أعلى و لو كان باطلا ) .

– **<u>القاعدة الرابعة</u> : <u>التزام الراسي عليه المزاد بدفع الثمن و مصاريف التنفيذ</u>** : يوجب القانون على الشخص الذي رسى عليه المزاد أن يدفع الثمن الذي رسى عليه المزاد و المصاريف خلال أجل معين و دفع المبالغ المتقدمة لا يدفعها من اعتمد عطاؤه باعتباره مشتريا , إذ هو لا يعد كذلك إلا بإيقاع البيع عليه , و إنما يكون التزامه بالدفع ناشئا عن رسو المزاد عليه و قبول عرضه [2].

– **<u>القاعدة الخامسة</u> : <u>إعادة المزايدة على ذمة المزايد المتخلف</u>** : إذا انقضى الأجل المحدد لدفع الثمن فيعتبر الشخص الذي رسى عليه المزاد متخلفا عن دفع الثمن , و بالتالي يتوجب إعادة البيع على نفقته و ذلك بعد إنذاره بأن يقوم بتنفيذ التزامه , و يتحمل هذا الأخير الفرق في الثمن كما أنه بالمقابل لا يمكنه المطالبة بالفائض من الثمن .

وبالإضافة إلى هذه القواعد التي تحكم سير البيع بالمزاد العلني , هناك شروط أخرى يجب أن تتوفر في الأشخاص الذين يتقدمون إلى البيع , فهناك قيد يتعلق بالشخص المتقدم للمزايدة و بالإضافة إلى قيد أخر يتعلق بفئة معينة من الأشخاص , فأما بالنسبة للقيد المتعلق بالشخص ذاته , فيجب أن يكون الشخص المتقدم للمزايدة شخصا ذا أهلية للالتزام وفق القواعد العامة في البيع الرضائي [3].

وأما بالنسبة للقيد الثاني فهناك أشخاص لا يجوز اشتراكهم في المزايدة لإبعاد الشبهة عنهم و هم [4] :

---

(1) – راجع أ / أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 408 .

(2) – المرجع نفسه ، ص 409–410 .

(3) – راجع د / نبيل إسماعيل عمر ،المرجع السابق ، ص 432.

(4) – تنص المادة 402 من القانون المدني الجزائري على : ( لا يجوز للقضاة و لا المدافعين القضائيين و لا للمحامين و لا للموثقين و لا لكتاب الضبط ، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة و لا بواسطة اسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان

– الوكلاء فيما يتعلق بالأموال المحجوزة المكلفون ببيعها , و ذلك منعا لتعارض مصالح هؤلاء مع مصالح موكليهم .
– القضاة و المحامين .
– الخبراء فيما يخص الأموال التي عهدت إليهم .

و أمـا بالنسبة للمدين المحجوز عليه , فهو ممنوع من الاشتراك في المزايدة لاعتبارين , أحدهما فني و هو أنه لا يتصور أن يشتري أحد ملكه , و المفترض أن العقار المراد بيعه هو ملك له والآخر عملي و هو طالما أن المدين معه من النقود ما يكفي لشراء العقار , فليدفعه مباشرة إلى الدائنين الحاجزين , و بالتالي يجب عقاره الحجز و بيعه بالمزاد العلني , و كما أنه نفس الاعتبارات ذهب رأي إلى عدم إمكانية الحائز أو الكفيل العيني إمكانية المشاركة في البيع بالمزاد العلني , بينما ذهب رأي آخر إلى إمكانية ذلك على أساس أن الحائز أو الكفيل العيني ليس مسئولا مسؤولية شخصية عن الدين بالإضافة إلى أن الكفيل العيني لا يسأل عن الدين إلا في حدود قيمة العقار , فلا يمكن إجباره على الوفاء بالدين كله عن طريق منعه من الدخول في المزايدة [1].

و أما الدائن الحاجز فقد اختلفت الآراء جواز دخوله المزايدة , فالبعض منها يحظر عليه ذلك حتى و لو اشترط ذلك في العلاقة بينه و بين المدين , و هذا ما يعرف بشرط الطريق الممهد la clause des voies parées و الهدف من هذا المنع هو منع التعارض بين مصلحة المدين في بيع العقار بأعلى ثمن و مصلحة الدائن في شراء العقار بأقل ثمن .

إن توافر هذه الشروط و الشروط الأخرى كفيلة بإنجاح عملية البيع , و عليه يجب أن تتعامل الأطراف بكل جدية مع عملية البيع حتى يستفيد الجميع من هذه العملية , و منه يتولى القاضي الشروع في عملية البيع وفق الإجراءات و الشكليات التي حددها القانون , و هذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال الفروع التالية , حيث سنتطرق في الفرع الأول إلى إجراءات البيع بالمزاد العلني , و في الفرع الثاني سنتطرق حكم رسو المزاد و تنفيذيه , وفي الفرع الثالث سنتطرق إلى إعادة البيع بالمزاد العلني .

---

= النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها و إلا كان البيع باطلا ) ، و تضيف 403 من نفس القانون : ( لا يجوز للمحامين و لا للمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها ، سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها و إلا كانت المعاملة باطلة ) .

(1) – راجع د / نبيل إسماعيل عمر ، مرجع سابق ، ص 432–433 .

## الفرع الأول
## إجراءات البيع بالمزاد العلني

طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإن القاضي هو الذي يتولى إجراءات المزايدة في بيع العقار , و هذا على خلاف المزايدة في المنقول يتولى المحضر القضائي القيام بذلك , و كذلك محافظ البيع بالمزاد العلني إذا تنازل له المحضر القضائي بهذه المهمة , و لا تبدأ المزايدة قبل أن يقوم القاضي بالواجبات المفروضة عليه , و التي تم التطرق إليها سابقا .

يجري البيع بالمزاد العلني للعقار المحجوز في جلسة علنية تحت رئاسة رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعينه لهذا الغرض , و يتم البيع بالمحكمة التي أودعت بها قائمة شروط البيع أي المحكمة التي تتم على مستواها إجراءات البيع (1).

و تنعقد الجلسة بحضور المحضر القضائي و أمين الضبط و أطراف التنفيذ و بطبيعة الحال عدد معين من المزايدين , و جلسة البيع بالمزاد العلني هي جلسة رسمية كباقي الجلسات , و تتم في جلسة علنية ضمانا لمصداقية الإجراء (2).

و قد تضمنت المادة 753 ق.إ.م.إ بقولها : ( يجري البيع بالمزاد العلني في جلسة علنية برئاسة المحكمة أو القاضي الذي يعينه لهذا الغرض بمقر المحكمة التي أودعت فيها قائمة شروط البيع في التاريخ و الساعة المحددين لذلك , و تكون بحضور المحضر القضائي و أمين الضبط , و حضور الدائنين المقيدين و المدين المحجوز عليه و الحائز و الكفيل العيني إن وجد , أو بعد إخبارهم بثمانية (8) أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة , و حضور عدد المزايدين لا يقل عن ثلاثة (3) أشخاص .

يجوز تأجيل البيع بالمزاد العلني بطلب من أطراف الحجز إذا كان للتأجيل أسباب جدية , لا سيما قلة المزايدين و ضعف العروض .
تعاد إجراءات النشر و التعليق على نفقة طالب التأجيل ) .

إذن تنعقد الجلسة في التاريخ و الساعة المحددين لذلك , و بحضور جميع الأطراف بعد إخبارهم بثمانية أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة , و قد أجاز المشرع الجزائري تأجيل البيع بطلب من أطراف الحجز إذا كان هذا التأجيل يستند على أسباب جدية , مثل قلة المزايدين أو ضعف العروض , و إذا تم ذلك يعاد النشر و التعليق على نفقة طالب التأجيل.

---

(1) – راجع أ / بدوي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 47.
(2) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 251 .

يفتتح رئيس المحكمة جلسة البيع بالمزاد العلني , حيث يتحقق من حضور أو غياب أطراف الحجز و إتمام إجراءات التبليغ الرسمي و النشر و التعليق , و بعدها يقدم عرضا يوضح فيه شروط البيع و نوع العقار و/أو الحق العيني العقاري محل البيع , و الثمن الأساسي والرسوم والمصاريف القضائية ثم يحدد مبلغ التدرج في المزايدة حسب أهمية العقار , و في جميع الأحوال يجب أن لا تقل عن 10 آلاف دينار جزائري في كل عرض , و بعدها مباشرة يفسح المجال لتقديم العروض وفي حالة ما إذا كان العرض أقل من الثمن الأساسي للمزايدة , أو حالة ما إذا لم يتقدم أحد بأي عرض خلال خمسة عشر دقيقة , أثبت الرئيس ذلك في سجل الجلسة و قرر تأجيل البيع مع الإبقاء على نفس الثمن الأساسي و هذا ما أشارت إليه المادة 754 / 3 : ( إذا لم يتوفر النصاب من المزايدين أو كان العرض أقل من الثمن الأساسي للمزايدة , أو لم يتقدم أحد بأي عرض خلال خمس عشرة (15) دقيقة أثبت الرئيس ذلك في سجل الجلسة و قرر تأجيل البيع إلى جلسة لاحقة بذات الثمن الأساسي ) [(1)].

و أما في الجلسة الثانية ، فقد خفف المشرع الجزائري من بعض الشروط , إذ لا يشترط حد أدنى من المزايدين , و في حالة ما إذا كانت العروض شحيحة و أقل من قيمة الثمن الأساسي , وكذلك غير كافية للوفاء بقيمة الدين و المصاريف القضائية , قرر الرئيس مرة ثانية تأجيل البيع إلى جلسة لاحقة و في هذه الحالة يتم تخفيض قيمة الثمن الأساسي بنسبة العشر 10/1 , و في هذه الحالة يجب إعادة النشر و التعليق و هذا وفقا للفقرة الرابعة من نفس المادة حيث نصت على : ( في الجلسة الجديدة وبغض النظر عن عدد المزايدين , إذا كانت العروض أقل من قيمة الثمن الأساسي و غير كافية لقيمة الدين و المصاريف , قرر الرئيس تأجيل البيع و إنقاص عشر الثمن مع إعادة النشر والتعليق وفقا للمادة 750 أعلاه ).

و قد يستمر تقديم عرض يقل عن قيمة الثمن الأساسي و في هذا عقبة لرسو المزاد , و منه لا يمكن الاستمرار في تأجيل جلسة البيع إلى ما لا نهاية , و تحسبا لهذا الأمر فقد قرر المشرع الجزائري التنازل أكثر عن بعض شروط البيع , و قرر بأن يباع العقار لمن تقدم بأعلى عرض و لو كان أقل من الثمن الأساسي , إلا إذا قبل الدائن الحاجز أو الدائنين المتدخلين في الحجز استيفاء الدين عينا بالعقار و بالثمن الأساسي المحدد له [(1)].

تتشابه إجراءات البيع بالمزاد العلني بين التشريع الجزائري و التشريع المصري , إلا أن هناك بعض الأحكام تختلف تماما عما هو منصوص عليه في التشريع الجزائري , فطبقا لقانون المرافعات المصري فإن الذي يتولى إجراء المزايدة هو قاضي التنفيذ ومهما كانت قيمة العقار , ولا تبدأ المزايدة إلا بناءا على طلب من ذوي الشأن , و تجــري في المكـــان و الزمـان المحددين , ولا يشرع قاضي التنفيذ في المزايدة

---

(1) – نشير بالنسبة للحقوق المستحقة للخزينة ، و هي 05 %حقوق التسجيل و 06 % حقوق الإشهار.

إلا بعد أن يقوم بالواجبات المفروضة عليه , و تبدأ المزايدة بمناداة المحضر على الثمن الأساسي والمصاريف [1].

و على خلاف الحكم في التشريع الجزائري , فإنه في حالة إذا لم يتقدم أحد الشراء مطلقا و لو بالثمن الأساسي في التشريع المصري , فيحكم قاضي بإنقاص الثمن بمقدار العشر , و بتأجيل البيع لجلسة تحدد في موعد لا يقل عن ثلاثين يوما و لا تزيد عن ستين يوما , ويعاد الإعلان عن البيع [2].

و يتم تأجيل البيع كلما بقيت الحالة على وضعها إلى أن يتم البيع , إذ لا يوجد إلزام على مباشر الإجراءات بشراء العقار بالثمن الأساسي , و هذا ما نصت عليه المادة 438 مرافعات مصري : ( إذا لم يتقدم مشتر في جلسة البيع يحكم القاضي بتأجيل البيع مع نقص عشر الثمن الأساسي مرة بعد مرة كلما اقتضى الحال ذلك ) [3].

و قبل التطرق إلى إجراءات المزايدة في التشريع الفرنسي , نشير أنه يمكن للمدين أن يطلب من قاضي التنفيذ السماح له ببيع العقار بيعا اختياريا , و في حالة عدم الوصول إلى ذلك أو أن يرفض قاضي التنفيذ في جلسة النظر في الاعتراضات منح المدين فرصة البيع الاختياري , يتم اللجوء بعده إلى البيع الجبري للعقار بالمزاد العلني , و لا تختلف طريقة إجراء المزايدة في التشريع الفرنسي إلا أن هناك أحكام لم يتضمنها التشريع الجزائري و لا التشريع المصري , هذا و قد حرص المشرع الفرنسي في التعديل لسنة 2006 أن إدخال العصرنة في الإجراءات مع الإبقاء على الشكل العام لعملية المزايدة و يتميز التشريع الفرنسي على أنه يتوجب على المتقدم للمزايدة أن يوكل محامي [4].

---

(1) – نرى أن هذا الحل ينطوي على خطر كبير يهدد مصلحة المدين ، فبيع العقار بأعلى عرض و إن كان أقل من الثمن الأساسي فيفقد المدين عقاره و هو أغلى و أثمن ما يملك بقيمة غير القيمة السوقية للعقار ، هذا من جهة و من جهة أخرى فإن تقرير هذا الحكم قد يجعل سماسرة العقار يتنبهون إلى ذلك و يسعون إلى الحصول على العقار بأقل من قيمته الاقتصادية مستعملين في ذلك كل السبل ، و في الأخير و بالنسبة لخيار قبول الدائن الحاجز أو الدائنين المتدخلين في الحجز استيفاء الدين عينا بالعقار و/أو الحق العقاري بالثمن الأساسي ليس مجدي في كل الحالات خاصة في حالة ما إذا كانت مساحة العقار صغيرة ، أو كأن تكون شقة صغيرة لا يمكن قسمتها ، و في الأخير لم ينص المشرع الجزائري على حكم الرسوم و المصاريف القضائية ، و من هو المسئول عن تسديدها .

(2) – ينادي المحضر بالثمن الأساسي الذي تم تحديده في قائمة شروط البيع ، أو بالثمن الأساسي الذي تم الاعتراض عليه وتعديله في جلسة الاعتراضات .

(3) – راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 649 .

(4) – يذهب بعض شراح قانون المرافعات المصري أن الحكمة من هذا النص هو تشجيع الراغبين في المزايدة ، و هذا أمر مقبول إلا أنه لا يمكن تصور تأجيل المزايدة مرة بعد مرة و في نفس الوقت إنقاص الثمن بمقدار العشر في كل تأجيل , ففي=

و أن يودع كفالة بنكية أوشيك و يجب أن لا يقل عن 10 % من الثمن الأساسي للمزايدة و أن لا يقل عن 3000 يورو , و ترجع أهمية هذين الشرطين إلى جعل المتقدمين للمزايدة يدركون جدية العملية وبالتالي لا يتقدم إلا من له عزيمة جادة و قدرة مادية على اقتناء العقار (1).

وعلى غرار ما يقوم به القاضي المكلف بعملية البيع في الجزائر و مصر , فإن قاضي التنفيذ المكلف بعملية البيع الجبري بالمزاد العلني في فرنسا , و قبل أن يشرع في المزايدة يحدد المصاريف بناءا على التبريرات التي يقدمها الدائن الحاجز , بالإضافة إلى الرسوم المستحقة للدولة , و هذا وفقا للمادة 27 من المرسوم الصادر سنة 2006 , و بعدها تفتتح المزايدة و يبدأ المزايدون بتقديم العروض و يبقى العرض ملزما لصاحبه ما لم يسقط بالعرض الموالي , و يرسو المزاد على أخر مزايد إذا لم يقدم أي عطاء بعد انقضاء 90 ثانية بعد آخر عرض , و بهذا يعلن القاضي عن رسو المزاد وهذا مل نصت عليه المادة 78 من المرسوم الصادر بتاريخ 27 جويلية 2006 و المعدلة بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 2006 , يقوم محامي الشخص الراسي عليه المزاد بإعطاء هوية الشخص الذي رسى عليه المزاد إلى كاتب الضبط و هذا وفقا لمقتضيات المادة 79 من المرسوم السالف الذكر (2).

وقد يحدث أن تكون العروض زهيدة ولا تغطي الثمن الأساسي و المصاريف الأخرى ومنه يختلف الحكم بين ما إذا كان الثمن الأساسي قد تم تحديده من طرف الدائن الحاجز ,أو تم تعديله من طرف القاضي بناءا على طلب المدين ,ففي هذه الحالة يتم تخفيض الثمن الأساسي تدريجيا من طرف القاضي إلى أن يصل التخفيض إلى الثمن الأساسي الذي حدد في أول مرة في قائمة شروط البيع وأما إذا كان الثمن الأساسي الذي حدده الدائن الحاجز , ففي هذه الحالة يعلن رسو المزاد على هذا الأخير (3).

ولقد أشرنا أن هناك تشابه فيما يخص الإطار العام لسير عملية البيع بالمزاد العلني بين التشريعات الثلاث محل الدراسة , إلا أن لكل تشريع خصوصية في بعض الأحكام و ما يمكن قوله في تقييم أحكام البيع في هذه التشريعات , حيث نرى أن التشريع الجزائري و التشريع المصري تضمنا أحكام الغرض منها الوصول لبيع العقار دون الاعتداد بمصلحة المدين , فبيع العقار بمبلغ أقل من المبلغ الأساسي في

---

= رأينا أن هذا الأمر قد يؤدي إلى التحايل على القانون , كما تؤدي إلى نزع ملكية المدين بأبخس الآثمان تحت ذريعة القانون وفي اعتقادنا أن لهذا الحكم أثر انعكاسي و خطير فأقصى صور الظلم , أن يظلم الفرد تحت ذريعة القانون .

(1) – للتفصيل أكثر راجع الموقع الإلكتروني التالي : http :vosdroits.service-public.fr/F17011.xhtm1.

(2) – لقد حدد المرسوم الصادر بتاريخ 27 جويلية 2006 هذه المدة بثلاث سنوات , وقد انتقدت هذه المدة من طرف الفقه واعتبرت هذه المدة طويلة نسبيا مما حدى بالمشرع الفرنسي إلى تخفيضها إلى 90 ثانية بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 2006.

(3) - voir Gérard Couchez , op-cit ,246 .
- Et voir Claude Brenner , op-cit , p 192-193 .

التشريع الجزائري , و لو أدى إلى تسهيل بيع العقار , إلا أن فيه إضرار كبير بمصلحة المدين وبالنسبة للتأجيل المتتابع و تخفيض الثمن بمقدار 10/1 من المبلغ الأساسي في التشريع المصري من شأنه كذلك أن يؤدي إلى بيع العقار بأبخس الأثمان , و في الأخير فنرى أن التشريع الفرنسي و إن حرص على إنجاح عملية البيع بالمزاد العلني و رسو المزاد , فإن هذا لا يكون على حساب مصلحة المدين , و عليه فتقرير حكم رسو المزاد على الدائن يمثل ضمانة هامة لرعاية مصلحة المدين إلا أننا نرى أن هذا قد لا يكون كذلك في مصلحة الدائنين المتدخلين , على اعتبار أن الدائن الحاجز هو الذي يحرر قائمة شروط البيع و يحدد الثمن الأساسي , و قد لا يخدم هذا الثمن مصلحة الدائنين المتدخلين .

## الفرع الثاني

## حكم رسو المزاد و تنفيذه

إن الهدف من البيع بالمزاد العلني هو أن تتوالى العروض و يرتفع الثمن إلى أن يرسو المزاد على آخر مزايد , و قد تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تعديلا في كيفية رسو المزاد حيث يرسو المزاد في القانون الجديد بعد أن ينادي الرئيس ثلاث مرات متتالية تفصل بين كل نداء دقيقة واحدة بينما كان يعتمد في القانون القديم على انطفاء ثلاث شموع توقد تباعا مدة كل واحدة منها دقيقة و لعل أن هذه الطريقة و إن كانت تعبر عن رمزية و شكلية معينة , إلا أنها لم تعد تتماشى مع الوقت الراهن , و قد نصت المادة 1/757 ق.إ.م.إ : ( يرسو المزاد على من تقدم من المزايدين بأعلى عرض و كان آخر مزايد [(1)].

و يعتمد الرئيس العرض الذي لا يزاد عليه بعد النداء به ثلاث -3- مرات متتالية , تفصل بين كل نداء دقيقة واحدة ) .

و نجد أن **التشريع المصري** يذهب إلى تحديد نفس المدة , و هذا ما نصت عليه المادة 439 مرافعات مصري بقولها : ( إذا تقدم مشتر أو أكثر في جلسة البيع يعتمد القاضي العطاء في الجلسة فورا لمن تقدم بأكثر عرض و يعتبر العرض الذي لا يزاد عليه بثلاث دقائق منهيا للمزايدة ) , و أما بالنسبة لرسو المزاد في التشريع الفرنسي فقد أشار أن المزاد يرسو على آخر مزايد إذا لم يتقدم مزايد آخر بعرض جديد قبل انقضاء مهلة 90 ثانية , و منه نلاحظ أن التشريع الفرنسي اعتمد نصف التوقيت الذي اعتمده التشريع الجزائري و التشريع المصري .

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 255 .

و يرسو المزاد بموجب حكم , و إن كان إيقاع البيع يصدر في شكل الأحكام , إلا أنه ليس له من معناها سوى الاسم , فهو من الناحية الفنية ليس حكما بالمعنى الدقيق , على اعتبار أن بيع العقار لا يشكل خصومة قضائية بالمعنى الدقيق , و بالتالي فإن هذا الحكم لا يعد فاصلا في خصومة و بالتالي لا تنطبق عليه قواعد الأحكام و بالأخص أحكام الطعن فيه (1).

و عليه فحكم إيقاع البيع هو صيغة قانونية يصدر عن القاضي المكلف بعملية البيع بإرساء المزاد على صاحب أكبر عرض , هذه الصيغة القانونية ليس من شأنها جعل قرار الإحالة حكما و لا عقدا وإن ترتبت بعض آثار الأحكام عليها , من ناحية و بعض آثار العقود عليها من ناحية آخرى (2).

و قد نصت المادة 736 ق.إ.م.إ على : ( يتضمن حكم رسو المزاد , فضلا عن بيانات الأحكام المألوفة و أسماء و ألقاب الأطراف ما يأتي :

**1** – السند التنفيذي الذي بموجبه تم الحجز و الإجراءات التي تلته , لاسيما تاريخ كل من التبليغ الرسمي و التكليف بالوفاء و إعلان البيع .

**2** – تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري المباع و مشتملاته و الإرتفقات العالقة به إن وجدت كما هو معين في قائمة شروط البيع .

**3** – تحديد الثمن الأساسي للعقار و/أو الحق العيني العقاري المباع.

**4** – إجراءات البيع بالمزاد العلني .

**5** – الهوية الكاملة للراسي عليه المزاد شخصيا طبيعيا أو معنويا.

**6** – الثمن الراسي به المزاد و تاريخ الدفع .

**7** – إلزام المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني أو الحارس, حسب الأحوال , بتسليم العقار و/أو الحق العيني العقاري لمن رسا عليه المزاد ).

و عليه نرى من خلال نص المادة السالفة الذكر أن المشرع الجزائري يعتبر حكم رسو المزاد حكما بصريح العبارةً ، فضلا عن بيانات الأحكام المألوفةً , و نرى في هذا أن المشرع غير صائب في حكمه فكما أشرنا سابقا أن حكم رسو المزاد ليس حكما فاصلا في خصومة قضائية , و لا يتم تبليغه كما أنه لا يمكن الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية , و هو نفس الحكم الذي جاءت به المادة 446 مرافعات مصري بنصها : ( يصدر حكم إيقاع البيع بديباجة الأحكام , و يشتمل على صورة من

---

(1) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 487 .

– و راجع أيضا د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 528 .

(2) – راجع د / طلعت محمد دويدار ، المرجع السابق ، ص 738 .

قائمة شروط البيع و بيان الإجراءات التي اتبعت في تحديد يوم البيع و الإعلان عنه وصورة من محضر الجلسة و يشتمل منطوقه على أمر المدين أو الحائز أو الكفيل العيني بتسليم العقار لمن حكم بإيقاع البيع عليه و يجب إيداع نسخة الحكم الأصلية ملف التنفيذ في اليوم التالي لصدوره ) .

و بينما تختلف طبيعته في التشريع الفرنسي , فيذهب البعض إلى اعتباره عقد قضائي , و قد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى نفي تكييف العقد على حكم رسو المزاد , و عليه فحكم رسو المزاد لا يفصل في خصومة قضائية , و بالتالي لا يحوز على حجية الشيء المقضي فيه , كما أنه لا يخضع إلى طرق الطعن المقررة للأحكام , إلا أنه يمكن رفع دعوى لطلب بطلان هذا الحكم [1].

إن طبيعة حكم رسو المزاد في التشريع الفرنسي , ليس له طبيعة ثابتة , فهو متغير الطبيعة حيث يعتبر حكما إذا فصل القاضي المكلف بعملية البيع في الاعتراضات , ففي هذه الحالة يعتبر حكما و بالنتيجة يصبح قابلا للإستئناف خلال أجل 15 يوما من تاريخ تبليغه , و في حالة العكس فلا يعتبر حكما و لا يقبل أي طعن , و هذا ما نصت عليه المادة 2/88 من المرسوم الصادر بتاريخ 27 جويلية 2006 [2].

و نشير أنه يجب على الراسي عليه المزاد أن يقوم بدفع مقدار معين من ثمن رسو المزاد بالإضافة إلى المصاريف و الرسوم المستحقة , و بالرجوع إلى نص المادة 2/757 ق.إ.م.إ : ( يجب على الراسي عليه المزاد أن يدفع حال انعقاد الجلسة , خمس الثمن و المصاريف و الرسوم المستحقة و يدفع المبلغ الباقي في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام بأمانة ضبط المحكمة .

إذا لم يودع الراسي عليه المزاد باقي الثمن كاملا في المدة المحددة في الفقرة أعلاه , يتم إعذاره بالدفع خلال خمسة (5) أيام , و إلا أعيد البيع بالمزاد العلني على ذمته ) .

و إذا كان الراسي عليه دائنا و كانت مرتبة دينه و مقداره يبرران إعفائه من الإيداع أعفاه رئيس المحكمة من دفع الثمن , و قرر اعتبار دينه ثمنا للبيع , وهذا ما نصت عليه المادة 759 ق.إ.م.إ : (إذا كان من رسا عليه المزاد دائنا وكان مبلغ دينه و مرتبته مع بقية الدائنين تبرران إعفاءه من دفع الثمن وفقا للمادة 757 أعــلاه , قــرر الرئيس اعتبار دينه ثمنا للبيع ) , ونجــد نفس هذا الحكم نص عليه المشرع

---

(1) – يثير تكييف حكم رسو المزاد بالعقد القضائي الكثير من الغموض ، فهذا الحكم لا يخضع الأحكام العامة للعقود ، كما أنه لا يوجد تحت إطار تصنيفات العقود .

– راجع في هذا الشأن : civ . 2 chambre / 03.10.2002 , revue des huissiers , 2003 , p 122.

(2) – voir Claude Brenner , op-cit , p 195 .
- Et voir Gérard Couchez , op-cit , p 249 .

المصري في نص المادة 442 مرافعات مصري : ( إذا كان من حكم بإيقاع البيع عليه دائنا وكان مقدار دينه و مرتبته يبرران إعفاءه من الإيداع أعفاه القاضي) [1].

و على خلاف التشريع الجزائري , في التشريع المصري فإن الراسي عليه المزاد يلزم بدفع كامل الثمن و المصاريف و حقوق التسجيل , و في هذه الحالة تحكم المحكمة بإيقاع البيع عليه , وإذا لم يودع الثمن كاملا وجب عليه إيداع خمس الثمن على الأقل , و إلا أعيدت المزايدة على ذمته في نفس الجلسة أما في التشريع الفرنسي فإن للراسي عليه المزاد مهلة شهران من تاريخ إيقاع البيع لدفع الثمن , و في حالة التأخر عن الدفع , يرتفع الثمن بقوة القانون و يلزم بدفع الفوائد القانونية وتستمر هذه الفوائد في الارتفاع إلى غاية تسديد المبلغ كاملا , و في حالة إذا أخل الراسي عليه المزاد بواجب دفع الثمن يعاد البيع مع ما يترتب على ذلك من تحميله لنفقات إعادة البيع [2].

إن إعادة عملية البيع بالمزاد العلني احتمال قائم , نتيجة لامتناع الراسي عليه المزاد دفع الثمن وهذا بعد إعذاره وفقا لأحكام المادة 3/757 , حيث نصت على : ( إذا لم يودع الراسي عليه المزاد باقي الثمن كاملا في المدة المحددة في القفرة أعلاه , يتم إعذاره بالدفع خلال خمسة (5) أيام, و إلا أعيد البيع بالمزاد العلني على ذمته ).

وقد نصت المادة 758 من نفس القانون على إعادة عملية البيع بالمزاد العلني , على نفقة الراسي عليه المزاد المتخلف عن دفع الثمن , وفي حالة ما إذا رسى المزاد على ثمن أقل من الثمن الراسي عليه المزاد في البيع الأول , فيتحمل المتخلف فرق الثمن , و بالمقابل لا يكون له الحق في الزيادة إذا بيع بثمن أعلى , و يتضمن منطوق حكم رسو المزاد في البيع الثاني , إلزام المزايد المتخلف بفرق الثمن إن وجد , و نجد التشريع المصري يذهب إلى تقرير نفس الحكم في حالة التخلف عن دفع الثمن كاملا أو خمس الثمن في الجلسة , و بالتالي تعاد المزايدة على ذمة الراسي عليه المزاد في نفس الجلسة و تبدأ المزايدة على أساس الثمن الذي كان قد رسا به المزاد عليه وليس بالثمن الأساسي وتنطبق على المزايدة كافة أحكام التأجيل , عدا شرط اصطحاب العرض بكامل الثمن [3].

---

(1) – راجع د / عبد الحميد الشواربي ، نفس المرجع ، ص 650 .

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 733 .

- et voir Gerard couchez , op-cit , p 250 .

(3) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 256 .

– و راجع أيضا أ / مباركية عبد الله و أ / راشدي مراد ، مقال بعنوان قائمة الشروط النموذجية ، الملتقى العلمي الدولي إجراءات الحجز التنفيذي على العقارات و الحقوق العينية المشهرة و غير المشهرة ، الغرفة الجهوية للمحضرين القضائيين قسنطينة 05 ديسمبر 2009 ، ص 40 .

– و راجع أيضا د / عبد الحميد الشواربي ، مرجع السابق ، ص 650 .

و أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فلم ينص على إعادة البيع بسبب تخلف الراسي عليه المزاد بدفع الثمن فقد قرر المشرع الفرنسي تنظيم آخر , حيث تفرض على المتخلف دفع فوائد قانونية وفي حالة ما إذا لم يتم الدفع بعد مرور شهران من تاريخ إيقاع البيع , ترتفع الفوائد بنسبة 05 نقاط وهذا وفقا لأحكام المادة 83 من المرسوم الصادر بتاريخ 27 جويلية 2006 (1).

باعتبار أن حكم رسو المزاد ليس بحكم قضائي فاصل في نزاع , وإنما ينهي إجراءات التنفيذ الجبري (2).

و منه رأى المشرع الجزائري عدم وجوب تبليغه إلى أطراف الحجز فقد نصت المادة 764 ق.إ.م.إ : ( لا يبلغ حكم رسو المزاد لأطراف الحجز , و يتم تنفيذه جبرا على الأشخاص المذكورين في المادة 763-7 أعلاه ) , و هذا ما نص عليه التشريع المصري فينص المادة 449 مرافعات مصري : ( لا يعلن حكم إيقاع البيع الجبري , و يجري تنفيذه جبرا بأن يكلف المدين ..... ) , وعليه نرى أنه كان على المشرع الجزائري أن ينص على تبليغ حكم رسو المزاد إلى أطراف الحجز , طالما أن حكم رسو المزاد هو سند تنفيذي سيتم تنفيذه جبرا , فمن الأجدر أن يتم تبليغ هذا السند سواء حضر الأطراف الذين يستوجب تبليغهم عملية البيع أم لا .

و يرتب حكم رسو المزاد جملة من الآثار القانونية سواء بالنسبة للراسي عليه المزاد , أو المدين المحجوز عليه , الحائز أو الكفيل العيني , و كذلك بالنسبة للدائن مباشر إجراءات الحجز التنفيذي على العقار , أو بالنسبة للدائنين المتدخلين في الحجز و يمكن ذكر هذه الآثار فيما يلي :

**1** – دفع الثمن , يترتب على حكم إيقاع البيع وجوب دفع الثمن من طرف الراسي عليه المزاد.

**2** – انتقال كافة الحقوق التي كانت مقررة للمدين على عقاره إلى الراسي عليه المزاد , و كذلك كل الإرتفقات العالقة به .

**3** – انتقال الملكية إلى الراسي عليه باعتبار أن حكم إيقاع البيع يعتبر سند للملكية (3).

---

(1) –voir Claude Brenner , op-cit , p 200-201 .

(2) – راجع أ / أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 435 .

(3) – تتنازع التشريعات المقارنة بالنسبة للحالة التي تنتقل بها الملكية كأثر من آثار البيع بالمزاد العلني نظريتان : الأولى رومانية و مفادها أن الملكية تنتقل من المالك القديم إلى المالك الجديد بنفس الحالة التي كانت عليها ، ( بكل ما لها و ما عليها ) أي أن الملكية تبقى على حالها فلا يتغير إلا المالك الجديد ، و أما النظرية الثانية و هي نظرية فرنسية تقليدية ، مفادها أننا لسنا بصدد مالك جديد , و لكن بصدد ملكية جديدة نظيفة لا تعلق بها شوائب الملكية الأولى ، و قد وقف المشرع الجزائري موقف وسط بين النظريتين حيث قرر في نص المادة 762 ق.إ.م.إ أن كل الحقوق التي كانت مقررة للمدين تنتقل إلى المالك الجديد ، و هذا وفقا للنظرية الرومانية ، كما قرر في نص المادة 764 من نفس القانون , أن قيد حكم رسو المزاد يطهر العقار من كل التأمينات العينية ، و هذا ما ذهبت إليه المدرسة الفرنسية .

**4** – قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية من طرف المحضر القضائي , خلال أجل شهران من تاريخ صدوره.

**5** – إلزام المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني أو الحارس بتسليم العقار [(1)].

**6** – تطهير العقار من كل التأمينات العينية , بعد قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية .

و أما بالنسبة لآثار حكم رسو المزاد في التشريع المصري فقد تضمن هذا الأخير نفس الأحكام التي قررها المشرع الجزائري , حيث يعتبر حكم رسو المزاد سندا للملكية , بطبيعة الحال بعد إيداع كامل الثمن و تسجيل الحكم , و يترتب على ذلك إن تنتقل الملكية إلى الراسي عليه بنفس الحقوق التي كانت مقررة للمدين و هذا وفقا لمقتضيات المادة 447 مرافعات مصري , كما يترتب على تسجيل حكم إيقاع البيع تطهير العقار من كل حقوق الامتياز و الاختصاص والرهون الرسمية و الحيازية ولا يبقى لأصحاب هذه الحقوق إلا الحق في الثمن , كما يعتبر حكم رسو المزاد في التشريع المصري سند تنفيذي و بالتالي يجري تنفيذه جبرا على المدين أو الحائز أو الكفيل العيني بتسليم العقار [(2)].

**و بالنسبة للتشريع الفرنسي** فقد أشرنا إلى أن المشرع الفرنسي قد أخذ بفكرة انتقال الملكية الجديدة إلى الراسي عليه المزاد , إلا أن المشرع الفرنسي عدل عن هذا الاتجاه , و اعتنق النظرية الرومانية سنة 1806 و ذلك بموجب المادة 2208 من القانون المدني الفرنسي , و منه تنتقل الملكية بنفس الحقوق التي كانت مقررة للمدين المحجوز عليه , إلا أنه بتاريخ 02 ماي 1858 أدخل المشرع الفرنسي تعديل جديد في قانون الإجراءات المدنية القديم , و بموجب المادة 717 منه حيث نص على أن تسجيل حكم إيقاع البيع بالمحافظة العقارية يترتب عليه تطهير العقار من كل التأمينات العينة , و قد نقل التعديل لسنة 2006 هذا الحكم مع تعديله , حيث فصل هذا الأثر عن تسجيل حكم رسو البيع بالمحافظة العقارية حيث أصبح هذا يترتب بقوة القانون , كما يعتبر حكم رسو المزاد سند تنفيذي وبالتالي يمكن تنفيذه بطرد المدين و كل شاغل بإذنه دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي [(3)].

---

(1) – لم يحدد المشرع الجزائري كيفية تنفيذ حكم رسو المزاد ، و خاصة إذا رفض المدين أو الحائز أو الكفيل العيني إخلاء العقار و على إعتبار أن حكم رسو المزاد هو سند تنفيذي ، فنرى أنه يمكن للراسي عليه المزاد بأن يباشر إجراءات طرد المدين أو الحائز أو الكفيل العيني من العقار ، دون حاجة إلى إستصدار حكم آخر من القضاء .

(2) – راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 656 .

– و راجع أيضا د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 501 .

– د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 746 .

(3) - voir Gérard Couchez , op.Cit , p 251 – 252 .
- et voir Claude Brenner , op.cit , p 196 – 197.

و في الأخير نرى أن هناك تطابق بين التشريعات الثلاث فيما يخص الآثار التي يرتبها حكم إيقاع البيع , مع اختلاف بسيط في التشريع الفرنسي , فيما يخص ربط تطهير العقار بتسجيل حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية , ففي التشريع الجزائري و التشريع المصري فإن التطهير بل , و حتى نقل الملكية بصفة قانونية لا يكون إلا بعد التسجيل , بينما في التشريع الفرنسي فبمجرد دفع الراسي عليه المزاد للثمن تنتقل إليه الملكية مطهرة من كل القيود .

## الفرع الثالث

## إعادة البيع بالمزاد العلني

يترتب على حكم إيقاع البيع انتهاء إجراءات التنفيذ الجبري , إلا أنه قد تستجد أمور جديدة يترتب عليها إعادة البيع , حيث يتقدم شخص بعد انتهاء عملية البيع , بعرض أكبر من العرض الذي رسى عليه المزاد , و هذا ما يسمى إعادة المزايدة أو الزيادة بالسدس [(1)].

و تعتبر الزيادة بالسدس إحدى الوسائل التي تذرع بها المشرع للوصول بثمن العقار المنزوع إلى أكبر ثمن ممكن , و الغرض من هذا النظام تمكين كل شخص لم يتمكن من الدخول في المزايدة من فرصة للمزايدة , فيرتفع بذلك ثمن العقار و في هذا مصلحة للمدين و الدائنين , إلا أنه على الرغم من الفائدة السابق ذكرها لنظام الزيادة بالسدس ( أو العشر في التشريع الفرنسي ) , ينتقد بعض الشراح هذا النظام , و يوجهون إليه نقدين أساسين , و هما أن من شأن هذا النظام إطالة إجراءات التنفيذ و زيادة مصاريفه , و أنه من شأنه عدم استقرار الحقوق لأصحابها بعد صدور حكم رسو المزاد فضلا عما يثيره من صعوبات في تحديد حقوقهم , و لهذا ينتهي الشراح إلى ضرورة إلغاء نظام الزيادة بالسدس ( أو العشر في فرنسا ) [(2)].

و لقد تضمن قانون الإجراءات المدنية القديم النص على أحكام المزايدة بالسدس , وقد نقل المشرع الجزائري هذه الأحكام عن التشريع الفرنسي و التشريع المصري , حيث كان للمزايد الجديد أن يتقدم إلى كتابة ضبط المحكمة , و يتعهد كتابة بأن يكون هو الراسي عليه المزاد على شرط , أن لا يتقدم مزايد أخر بعرض أكبر منه , و قد أبقى المشرع الجزائري على هذا النظام مع بعض التعديلات في أحكام

---

(1) – لقد نقل المشرع الجزائري هذا النظام عن التشريع الفرنسي ، إلا أن المشرع الفرنسي عدل من نسبة العرض الجديد ، بعد أن كانت الزيادة في حدود سدس الثمن فجعلها في حدود عشر الثمن أي الزيادة بالعشر.

(2) – راجع / القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 150 .

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري , و قد نصت المادة 760 من هذا القانون على : ( إذا بيع العقار و/ أو الحق العيني العقاري بثمن أقل من الثمن الأساسي المحدد في قائمة شروط البيع يجوز لكل شخص في أجل ثمانية (8) أيام التالية لتاريخ حكم رسو المزاد بتقديم عريضة موقعة منه يطلب فيها إعادة البيع بالمزاد العلني [(1)].

و في هذه الحالة , يتعهد المزايد بزيادة السدس( 1 / 6 ) عن الثمن الراسي به المزاد على الأقل مع إيداعه الثمن كاملا مع المصاريف القضائية و الرسوم المستحقة بأمانة الضبط مقابل وصل ويعاد البيع بالمزاد العلني بنفس الكيفيات المنصوص عليها في المواد 749 إلى 757, و يتحمل طالب تجديد البيع بالمزاد العلني جميع النفقات ) .

ولقد تضمنت أحكام المادة 760 من القانون السالف الذكر توافر شرطان لإعادة البيع من جديد وهما:

**1 –** إذا بيع العقار و / أو الحق العيني بثمن أقل من الثمن الأساسي المحدد في قائمة شروط البيع وفي هذا الشرط **نتسآل هل طلب إعادة البيع يكون حصريا في حالة ما إذا بيع العقار بثمن أقل من الثمن الأساسي ؟**

وحسب رأيننا ليس هناك ما يمنع ذلك حتى و إن كانت صياغة المادة 760 ق.م.إ.م.إ لا تشير إلى ذلك , و توحي بأن الأمر مقصور فقط على حالة بيع العقار بثمن أقل من الثمن الأساسي , إلا أننا نرى أن لكل شخص أن يتقدم بطلب إعادة البيع حتى في حالة ما إذا رسى البيع على مبلغ أكبر من الثمن الأساسي.

**2 –** أن يتم الطلب خلال أجل ثمانية أيام التالية لتاريخ حكم رسو المزاد , وهذا بغرض ضمان الاستقرار و الائتمان لدى المزايدين و الراسي عليه المزاد , و يعتبر هذا الميعاد ميعادا ناقصا و بالتالي يجب على كل من يرغب في إعادة البيع و المزايدة بمقدار السدس أن يباشر الإجراءات خلال هذا الأجل , و الجزاء المترتب على ذلك و إن لم تشر إليه المادة صراحة هو عدم قبول الطلب .

**3 –** يجب أن يقدم الطلب في عريضة موقعة من الطالب يتعهد بموجبها المزايد الجديد بزيادة السدس على الأقل عن الثمن الراسي عليه المزاد , كما يلتزم بدفع الثمن كاملا بالإضافة إلى المصاريف القضائية و الرسوم المستحقة للخزينة مقابل وصل , كما يتحمل جميع النفقات المترتبة عن إعادة البيع.

---

(1) – راجع أ / أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 415 .

و يجري البيع بنفس الكيفيات المنصوص عليها في المواد 749 إلى 757 من ق.إ.م.إ , أي بتحرير مستخرج من السند التنفيذي و قائمة شروط البيع , و ينشر هذا الإعلان على نفقة المزايد بالسدس كما تجري المزايدة بنفس الطريقة التي جرت عليها الجلسة الأولى.

و قد يتراجع المزايد الجديد عن رأييه , و في هذه الحالة يجب أن يقدم طلب إيقاف البيع في شكل عريضة مرفقا بوصل إيداع المصاريف الإضافية إلى رئيس المحكمة , إذ هو يتحمل كل تبعات طلب المزايدة بالسدس و تراجعه عن ذلك , و يفصل رئيس المحكمة في هذا الأمر بموجب أمر غير قابل لأي طعن (1).

**و أما بالنسبة للتشريع المصري** فإن المزايدة تكون بالعشر , إلا أن المشرع المصري جعل العرض بالعشر مقترنا بشرط عدم دفع الثمن كاملا في جلسة البيع الأولى , و أن يكون الراسي عليه المزاد قد دفع خمس الثمن ثم إستكما دفع باقي الثمن في الجلسة التالية , ففي هذه الحالة يمكن التقدم بعرض الزيادة بالعشر مصحوبا بكامل الثمن , و في هذه الحالة تعاد المزايدة في نفس الجلسة على أساس هذا الثمن و عليه نرى أن المشرع المصري لم يكن حريص على تنظيم أحكام المزايدة بالعشر فقد نص عليها بصفة عرضية دون أي تفصيل في الإجراءات و الشكليات التي يجب اتخاذها (2).

**و على عكس المشرع المصري ، فقد عمل المشرع الفرنسي** على تنظيم أحكام المزايدة الجديدة حيث كان القانون الصادر بتاريخ 1841 ينضم نوعين من المزايدة , الأولى تسمى بالتحضيرية والثانية النهائية , و بصدور قانون بتاريخ 02 جوان 1841 ألغى المشرع الفرنسي المزايدة التحضيرية و أبقى المزايدة النهائية وأضاف شكلية الزيادة بالسدس ( 6/1 ) , ثم قام بتخفيضها في قانون 17 جوان 1938 إلى العشر (3).

و تتم المزايدة بالعشر في التشريع الفرنسي بموجب عريضة مكتوبة و موقعة من طرف محامي يودعها بكتابة ضبط محكمة قاضي التنفيذ الذي تولى عملية البيع بالمزاد العلني , و كذلك يجب على المحامي أن يرفق بإعلانه عن طلب إعادة المزايدة بالعشر , إيداع شهادة تثبت إيداع كفالة بنكية أو شيك بنكي غير قابلان للتراجع عنهما , بقيمة الثمن الأساسي و الزيادة بالعشر , ويتم بعدها تبليغ طلب المزايدة بالعشر عن بورقة من أوراق المحضرين إلى الدائن الحاجز و الراسي عليه المزاد و المدين خلال أجل ثلاثة أيام من إعلان طلب المزايدة العشر , تحت طائلة عدم قبول الطلب , و هذا وفقا للمادة 1/96 من

---

(1) – نرى أنه كان على المشرع الجزائري أن يفرض غرامة على المزايد الجديد بالسدس المتخلف عن عطائه ، كما نرى أنه يحق للراسي عليه الأول الرجوع على هذا الأخير بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية .

(2) – راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 618 .

(3) – راجع / القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 150 .

المرسوم الصادر بتاريخ 27 جويلية 2006 , و للأشخاص المعنيين بالتبليغ أن يرفعوا احتجاجاتهم خلال 15 يوما من تاريخ التبليغ وفقا للإجراءات المعتادة , و في هذه الحالة إذا تم قبولا للاعتراضات فيصبح حكم رسو المزاد نهائيا , و أما في حالة رفض الاحتجاجات فيتم مباشرة إجراءات الإعلان لجلسة المزايدة بالعشر , و يتم تحديد هذه الجلسة من طرف قاضي التنفيذ خلال أجل يمتد من شهران إلى أربعة أشهر [1].

**و تجرى المزايدة وفقا للطريقة التي جرت بها الجلسة الأولى, و يترتب على هذه الجلسة إحدى الفرضيتين :**

**1** – أن تكون المزايدة لصالح الشخص الأول الذي رسى عليه المزاد في جلسة البيع الأولى , و في هذه الحالة يثبت حقه في ملكية العقار , دون أن يلزم بإيداع حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية , إذا كان قد قام به في السابق .

**2** – أن تكون المزايدة لصالح المزايد بالعشر, و في هذه الحالة تلغى المزايدة بأثر رجعي و يعتبر كأنه لم يكن مالك , و يترتب على ذلك أن كل التصرفات التي قام بها تصبح كأن لم تكن , و إذا كان قد دفع الثمن كاملا يحق له أن يسترجع هذا المبلغ .

و عليه نرى أن هذا الحكم قاس نوعا ما على الراسي عليه المزاد الأول , هذا و يذهب الأستاذ زرقاط عيسى في رسالته للماجستير , تحت عنوان إجراءات التنفيذ على العقار في التشريع الجزائري : ( أن تلك الحقوق تسري في مواجهة المشتري الثاني بالمزاد , ذلك لأنه بتسجيل حكم رسو المزاد الأول قد انتقلت معه مع تسجيل أمر الحجز الأول ) , إلا أن هذا الأمر لم يقره المشرع الفرنسي بحيث يعتبر الراسي عليه المزاد الأول كأن لم تنتقل إليه الملكية و هذا بأثر رجعي , مما يفهم منه أن كل التصرفات التي قام بها هذه الأخير لا تسري في مواجهة المزايد الثاني, وعليه نرى أن الراسي عليه يتضرر كثيرا من المزايدة بالعشر و دون أن يكون له أي حق في المطالبة بالتعويض و بالتالي نحنلا نذهب إلى القول بإلغاء نظام المزايدة ( بالسدس أو العشر) , و عليه نقترح حلا عمليا لهذا الأثر وهو أن يتريث تسجيل الحجز و التأشير على هامش سند ملكية المحجوز عليه المدة اللازمة لانقضاء فترة المزايدة و التي هي فترة قصيرة نسبيا , و بهذا يرفع الحرج و الضرر عن الراسي عليه المزاد الأول و حتى المزايد الجديد [2].

---

(1) - voir Claude Brenner , op-cit , p 198 .

(2) – راجع أ / زرقاط عيسى ، إجراءات التنفيذ على العقار في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية معهد الحقوق و العلوم القانونية ، جامعة الجزائر ، سنة 2002–2003 ، ص 145 .

– و راجع أيضا / القروي بشير سرحان ، المرجع السابق ، ص 150 .

# المطلب الثالث

# بعض البيوع العقارية الخاصة

لقد تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد أحكاما تتعلق ببعض البيوع العقارية الخاصة و نشير في هذا الصدد أن هذه البيوع ليست بالضرورة أن تكون نتيجة لحجز تنفيذي على العقار , كما لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية أحكام تتعلق بهذه البيوع , فهذا لا يعني مطلقا أن القانون الجزائري لم يعرف مثل هذه البيوع , بل بالعكس نجد العديد من النصوص القانونية الموضوعية نصت على مثل هذه البيوع , إلا أن القانون الإجرائي آنذاك لم يكن ينسجم مع النصوص القانونية الأخرى , فنجد على سبيل المثال أن قانون الأسرة تضمن أحكام تتعلق ببيع أموال القصر كما أن القانون التجاري الجزائري تضمن بدوره أحكام تتعلق ببيع بعض الأموال بالمزاد العلني .

و عليه فقد حاول المشرع الجزائري سد كل الثغرات التي كان يحتويها قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 , و منه نجد أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد تضمن العديد من الأحكام التي لم يكن منصوص عليها من قبل , و من هذه الأحكام الجديدة البيوع العقارية الخاصة .

و لقد تضمن الفصل الثامن تحت عنوان في بعض الحجوز العقارية الخاصة , من الباب الخامس في الحجوز حيث خصص القسم الأول في البيوع العقارية للمفقود و ناقص الأهلية و المفلس , أما القسم الثاني في البيوع العقارية المملوكة على الشيوع , و القسم الثالث في بيع العقارات المثقلة بتأمين عيني.

و يقصد بالبيوع القضائية الخاصة تلك التي تتم بطريق المزاد العلني , تحت إشراف الجهاز القضائي و من ذلك أن يقوم الولي على القاصر ببيع أموال هذا الأخير , أو أن يقوم دائن هذا القاصر بالحجز على أمواله , و بيعها بالمزاد العلني بعد الحصول على إذن من المحكمة المختصة , و يدخل في هذا الحكم بيع أموال المفقود , أو التاجر الذي أشهر إفرسه , كما يمكن إتخاذ هذا الإجراء في حالة ما إذا تعذر قسمة عقار مملوك على الشيوع , و قد قصد المشرع الجزائري من هذه الحجوز تحقيق مبدأ الضمان العام من خلال تمكين الدائن من إستيفاء حقه من خلال بيع الأشياء المحجوزة , وبالمقابل توفير الحماية القانونية للمطلوبة لهذه الفئة من أفراد المجتمع .

و عليه سنحاول التطرق إلى البيوع العقارية للمفقود و ناقص الأهلية و المفلس في الفرع الأول وأما الفرع الثاني فسنتطرق فيه إلى البيوع العقارية للملوكة على الشيوع , و في الأخير سنخصص الفرع الثالث للتطرق إلى البيوع العقارية المثقلة بتأمين .

## الفرع الأول

## في البيوع العقارية للمفقود و ناقص الأهلية و المفلس

لقد نصت المادة 783 ق.إ.م.إ على :" يتم بيع العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائيا بالمزاد العلني , للمفقود و ناقص الأهلية و المفلس , حسب قائمة شروط البيع , تودع بأمانة ضبط المحكمة , يعدها المحضر القضائي بناء على طلب المقدم أو الوصي أو الولي , أو يعدها وكيل التفليسة حسب الحالة .

تتضمن قائمة شروط البيع البيانات الآتية :

**1 –** الإذن الصادر بالبيع .

**2 –** تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري تعيينا دقيقا , لاسيما موقعه و حدوده و نوعه و مشتملاته و رقم القطعة الأرضية و اسمها عند الاقتضاء , مفرزا أو مشاعا , و غيرها من البيانات التي تفيد تعيينه و إن كان العقار بناية يبين الشارع و رقمه و أجزاء العقارات .

**3 –** شروط البيع و الثمن الأساسي .

**4 –** تجزئة العقار إلى أجزاء إذا اقتضت الضرورة ذلك , مع ذكر الثمن الأساسي لكل جزء .

**5 –** بيان سندات الملكية ) .

و لقد تضمن المادة السالفة الذكر ذكر ثلاث حالات لبيع العقار بالمزاد العلني و هي حالة المفقود وناقص الأهلية , والمفلس , و بالرجوع إلى نص المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري التي يعرف المفقود بما يلي : ( لقد تضمنت المواد 783 758 ق.إ.م.إ الأحكام المتعلقة بهذه البيوع إذ لا يتم البيع إلا بناءا على الولي أو الوصي أو المقدم , أو وكيل التفليسة باعتباره صاحب الصفة وفقا لأحكام القانون التجاري [(1)].

---

(1) – لقد تضمنت المادة 738 ق.إ.م.إ النص على أن طلب البيع يتم من طرف المقدم أو الوصي أو الولي ، و نرى أنه كان على المشرع الجزائري أن يذكر هؤلاء الأشخاص وفق الترتيب الزمني و المنطقي أي بداء بالولي ثم الوصي و في الأخير المقدم , و إن كان عدم الترتيب في نص المادة 783 ق.إ.م.إ.ج ليس له أي آثر قانوني على الإجراءات ، إلا أن منطق الصياغة السليمة يقتضي ذلك .

– و راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 265 .

– أ / بن هدنة نور الدين ، مقال بعنوان صلاحيات المحضر القضائي في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدلرية، ملتقى الجزائر حول صلاحيات المحضر القضائي الجديدة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ، يومي 17 و 18 جانفي 2009 ، ص 18 .

**و يتم تحرير قائمة شروط البيع من طرف المحضر القضائي , و يجب أن تتضمن قائمة شروط البيع البيانات التالية :**

**1 –** الإذن الصادر بالبيع .

**2 –** تعيين العقار أو الحق العيني العقاري تعيينا دقيقا لاسيما موقعه و حدوده و نوعه , و مشتملاته ومساحته و رقم القطعة الأرضية و اسمها عند الاقتضاء , مفرزا أو مشاعا , و غيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه , و إن كان العقار بناية يبين الشارع و رقمه و أجزاء العقارات .

**3 –** بيان سندات الملكية .

**و ترفق بقائمة شروط البيع الوثائق التالية :**

**1 –** مستخرج جدول الضريبة العقارية , و هذا يؤدي لمعرفة ما إذا كان العقار مثقلا بديون تجاه مصالح الضرائب لكي تتمكن هذه الجهة من استيفاء حقوقها [(1)].

**2 –** مستخرج من عقد الملكية , يتضمن موقع العقار و الهوية الكاملة لمالكه.

**3 –** الإذن بالبيع عند الاقتضاء .

**4 –** الشهادة العقارية , لتبين القيود الواردة على العقار.

و على خلاف الإجراءات المتبعة في بيع العقارات المحجوزة , فإن المحضر القضائي في هذا النوع من البيوع , يقوم علاوة على تبليغ الدائنين أصحاب التأمينات العينية بإيداع قائمة شروط البيع , يقوم بإخطار النيابة العامة , باعتبارها راعية للنظام العام و طرفا أصليا في جميع القضايا الخاضعة لأحكام قانون الأسرة , و هذا عملا بأحكام المادة 03 مكرر من نفس القانون [(2)].

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، نفس المرجع ، ص 266 .

(2) – راجع أ / بن هدنة نور الدين ، نفس المرجع ، ص 18 .

## الفرع الثاني
## البيوع العقارية المملوكة على الشيوع

تعرف المادة 713 من القانون المدني الملكية الشائعة بقولها : ( إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة , فهم شركاء على الشيوع و تعتبر الحصص متساوية , إذا لم يقم دليل على غير ذلك ) , و تنص المادة 728 من نفس القانون في شأن بيع المال المشاع : ( إذا تعذرت القسمة عينا , أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال قسمته , بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية , و تقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع ) .

و عليه تخضع البيوع العقارية المملوكة على الشيوع لأحكام المادتين 786 و787 ق.إ.م.إ وفي هذا الصدد يجب التمييز بين البيع الجبري للملكية الشائعة والبيع الجبري لعقار محجوز غير مفرز.

فالبيع الجبري للملكية الشائعة , لا يكون نتيجة تنفيذ جبري لعدم الوفاء , و إنما هو تنفيذ لسند تنفيذي قضائي فاصل في دعوى قسمة ملكية شائعة , و هذا لاستحالة القسمة عينا , و من ثم فإن البيع بالمزاد العلني يؤدي إلى انتقال الملكية كاملة للراسي عليه المزاد , على عكس البيع بالمزاد العلني لجزء من مال مملوك على الشيوع , حيث ينتقل الجزء غير المفرز إلى الراسي عليه المزاد فيصبح مالكا على الشيوع بدوره , و تخضع علاقته بباقي الملاك لما تقضي به قواعد الشيوع [(1)].

إذن يترتب على عدم إمكانية قسمة العقار المملوك على الشيوع بيعه بالمزاد العلني , و قد نضمت المواد 786 و المادة 787 ق.إ.م.إ أحكام بيع هذا العقار , حيث نصت المادة 786 من نفس القانون على : ( إذا تقرر بحكم أو قرار قضائي بيع العقار و/أو الحق العيني العقاري المملوك على الشيوع لعدم إمكان القسمة بغير ضرر أو لتعذر القسمة عينا , بيع العقار عن طريق المزاد العلني بناء على قائمة شروط البيع , يعدها المحضر القضائي , و تودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار بناء على طلب من يهمه التعجيل من المالكين على الشيوع .

(1) – راجع في هذا الشأن القرارات الصادرة عن المحكمة العليا فيما يتعلق بقسمة الملكية الشائعة ة بيعها ، القرار رقم 134535 المؤرخ في 1996.06.26 ، القرار رقم 151301 المؤرخ في 1998.03.25 , القرار رقم 54849 المؤرخ في 1989.10.25 منشور في المجلة القضائية ، سنة 1999 العدد رقم 54 ، ص 69–70–71 .

– و راجع أيضا د / محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 50 .

وتشتمل قائمة شروط البيع فضلا عن البيانات المذكورة في المادة 783 أعلاه , على ذكر جميع المالكين على الشيوع و موطن كل منهم , و يرفق بها ، فضلا عن الوثائق المذكورة في المادة 784 أعلاه نسخة من الحكم أو القرار الصادر بإجراء البيع بالمزاد العلني ) , و عليه يتم البيع بالمزاد العلني بناءا على المالك على الشيوع الذي يهمه التعجيل , حيث يقوم المحضر القضائي بتحرير قائمة شروط البيع ويودعها بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار , ويتولى المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية , و إلى جميع المالكين على الشيوع و هذا ما نصت عليه المادة 787 ق.إ.م.إ : ( يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع , إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية , و جميع المالكين على الشيوع شروط البيع بطريق الاعتراض على القائمة , عند الاقتضاء , طبقا لأحكام هذا القانون ) , و لهؤلاء حق طلب إلغاء قائمة يجري البيع وفقا الشكليات و الإجراءات التي يتم بها البيع بالمزاد العلني [1].

## الفرع الثالث

## البيوع العقارية المثقلة بتأمين عيني

قد يكون المدين حريصا على أن يتخلص من الديون التي تثقل كاهله و تؤرقه , و لعل هذه الحالة تختلف عن الصورة النمطية للمدين المتعنت الذي يرفض سداد ديونه , عليه فقد مكن المشرع الجزائري للمدين حسن النية الذي يرغب في الوفاء بديونه , من وسيلة و هي أن يطلب بيع العقار عن طريق المزاد العلني , إذا لم يسع الدائنون إلى طلب ديونهم , و لم يتخذوا إجراءات التنفيذ الجبري وقد نصت المادة 788 ق.إ.م.إ على : ( يجوز لمالك العقار و/أو الحق العيني العقاري المثقل بتأمين عيني الذي يرغب في الوفاء بديونه , إذا لم يسع الدائنون إلى طلب ديونهم و لم يباشروا إجراءات التنفيذ عليه أن يطلب بيعه بالمزاد العلني , بناء على قائمة شروط البيع , يعدها محضر قضائي وتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار .

يبلغ رسميا المحضر القضائي قائمة شروط البيع إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية ولهؤلاء حق طلب إلغاء قائمة شروط البيع بطريق الاعتراض على القائمة عند الاقتضاء , طبقا لأحكام هذا القانون ) .

إذن تتضمن المادة 788 من القانون المشار إليه أعلاه , رخصة لمالك العقار أو الحق العيني العقاري المثقل بتأمين عيني لإبراء ذمته نتيجة تقاعس الدائنين , و يتولى المحضر القضائي بتحرير

(1) – راجع أ / بن هدنة نورالدين ، المرجع السابق ، ص 18 .

قائمة شروط البيع و تبليغها رسميا إلى الدائنين , و يحق لهؤلاء أن لا يوافقوا على هذه القائمة و يطلبوا إلغائها عن طريق الاعتراض , و يتم البيع وفقا للأحكام المقررة لبيع العقارات المحجوزة أو الحقوق العينية العقارية الواردة في المواد 744 إلى المادة 765 من ق.إ.م.إ (1).

ونشير في الأخير أنه تطبق على البيوع العقارية المشار إليها سابقا , و المتعلقة ببيع عقار المفقود و ناقص الأهلية و المفلس , و البيوع العقارية المملوكة على الشيوع , و بيع العقارات المثقلة بتأمين عيني , إجراءات النشر و التعليق الخاصة ببيع العقارات المحجوزة , و هذا ما نصت عليه المادة 789 ق.إ.م.إ : ( تطبق على البيوع المشار إليها في المواد 783 و 786 و 788 أعلاه إجراءات النشر و التعليق الخاصة ببيع العقارات المحجوزة , المنصوص عليها في القانون ) .

## المبحث الثالث

## طوارئ التنفيذ و توزيع حصيلته

لكل طريق من طرق التنفيذ طوارئه التي تحول إما بشكل مؤقت , أو بشكل نهائي دون إنتاجه لآثاره القانونية , و انطلاقا من السياسة التشريعية العامة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ( أو قانون المرافعات ) , القائمة على التوفيق بين المصالح المتعارضة للدائن و المدين و حتى الغير وفي إطار النظرية العامة للتنفيذ تحديدا فإن السند التنفيذي يكون مفترضا كافيا للتنفيذ , حتى و لو لم يكن الدائن صاحب الحق الموضوعي في الواقع , و قد يكون السند التنفيذي معيبا من الناحية الموضوعية أو الشكلية أو قد يجري الحجز على غير ما المدين , أو على مال للمدين لا يجوز الحجز عليه , كما يحدث أن يقوم المحضر القضائي باتخاذ إجراءات التنفيذ في غير الشكل الذي يتطلبه القانون , أو أن يلى مقاومة و تعدي عليه , و كل هذه طوارئ تتخلل مجرى العملية التنفيذية , ذلك أن الفرض المدرسي بأن يذهب المحضر القضائي إلى مكان تواجد الأموال و يحجز عليها و يقوم بتحرير محضر حجز و جرد لا يتحقق في كل الحالات , و لأجل هذا صمم المشرع للمدين و الغير وسائل إجرائية للمنازعة في التنفيذ , و عليه فقد تكون المنازعة موضوعية خاصة بكل طريق من طرق الحجز ومنها ما تكون موضوعية و تسمى بالمنازعة الوقتية أو إشكالات التنفيذ (2).

---

(1) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق، ص 269 .

(2) – راجع د/ نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص7 .

– و راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص603 .

و بصدد تعريف طوارئ التنفيذ نجد أن هناك العديد من التعريفات و يمكن رصد أهمها فقد قيل في شأن تعريف المنازعة التنفيذية , أنها تلك التي تدور حول الشروط الواجب توافرها لاتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري فيصدر فيها الحكم بجوازه أو عدم جوازه بصحته أو بطلانه , بوقفه أو الاستمرار فيه و بعدم الاعتداد به , أو بالحد من نطاقه أو يصدر الحكم بصدد أي عارض يتصل بالتنفيذ (1).

و في تعريف آخر أنها : "خصومة عادية ترمي إلى الحصول على حكم معين , و قيل أنه إدعاءات أمام القضاء إذا صحت تؤثر سلبا أو إيجابا , و قيل في تعريف آخر بأنه المنازعات التي تثور بمناسبة التنفيذ الجبري و ترمي إلى تغليب مصلحة الأطراف مع مصلحة الطرف أو الأطراف الآخرى" (2).

**و تنقسم منازعات التنفيذ أو طوارئ التنفيذ , باختلاف المعيار الذي ينبني عليه التقسيم :**

أ – **<u>تقسيم منازعات التنفيذ بناء على أسبابها</u> :** و تنقسم بدورها إلى ما يلي :

**1 – <u>منازعة في الحق الموضوعي</u>** : قد تكون المنازعة تنصب حول الحق الموضوعي الذي يجري التنفيذ إقتضاءا له , رغم وجود السند التنفيذي الذي يؤكده , إلا أنه و رغم عن هذا يمكن المنازعة فيه بالإدعاء بانقضاء الحق , أو عدم تحققه أصلا أو ببطلان سببه (3).

**2 – <u>منازعة في الحق في التنفيذ</u> :** قد تكون المنازعة في السند التنفيذي بحد ذاته , و ليس في الحق الموضوعي الذي يتضمنه , كما لو ادعى أحد الأطراف أن السند التنفيذي معيبا بعيب موضوعي لعدم توافر مقتضياته الموضوعية السابق بيانها , أو لسبب شكلي في الصيغة التنفيذية .

**3 – <u>منازعة في التنفيذ على مال معين</u>** : إن قاعدة الضمان العام و إن كانت تشكل ضمانة للدائن في استيفاء حقه , إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة , فلاعتبارات إنسانية و اعتبارات أخرى حدد المشرع ما لا يجوز الحجز عليه من أموال المدين , و بالتالي إذا ما تم الحجز على هذه الأموال فيمكن المنازعة في الحجز .

**4 – <u>منازعة في إجراءات التنفيذ</u>** : توجه هذه المنازعة إلى صحة إجراءات التنفيذ , فالمشرع رسم طريقا يجب أن يسلكه القائم بالتنفيذ , و عليه فإذا ما حاد عن هذا الطريق فيمكن المنازعة في صحة الإجراءات.

---

(1) – راجع د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 340 .

(2) – أنظر في هذا الشأن تعريف د / وجدي راغب / المرجع السابق / ص 328 .

(3) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 261 .

تبدوا الحكمة من هذا التقسيم في أن المنازعة في الحق الموضوعي تتعلق بعدالة التنفيذ لا بصحته فإذا ما تم الحكم لصالح المنازع في الحق الموضوعي , فليس للطرف المدين أن يبدأ إجراءات تنفيذ جديدة على اعتبار أن حقه الموضوعي لم يعد موجودا , و أما في الأحوال الأخرى فيمكن تصحيح الوضع .

**ب – تقسيم منازعات التنفيذ إلى منازعات موضوعية و منازعات وقتية :** يبدوا أن هذا التقسيم هو الأكثر شيوعا , و هو أشهر التقسيمات إذ يقوم على أساس نوع الحماية القضائية المطلوبة فيها , فإذا كانت الحماية موضوعية تتصل بأصل الحق أو الحق الموضوعي أو الحق في التنفيذ أو إجراءاته كانت المنازعة موضوعية , أما إذا كان الطلب مجرد حماية وقتية مستعجلة لا تمس أصل الحق , فلا تكسبه و لا تهدره فهي منازعة وقتية , أو ما يسمى بالإشكال في التنفيذ [2].

و تبدوا أهمية هذا التقسيم في أن إشكالات التنفيذ الوقتية مستعجلة بقوة القانون , و بالتالي يعفى طالبها من إثبات حالة الإستعجال , كما يقر القانون لهذا النوع من المنازعة الأثر الموقف لها بمجرد رفعها , بينما المنازعة الموضوعية ليس لها أثر موقف , كما تختلف إجراءات رفع الإشكال الوقتي عن رفع المنازعة الموضوعية , بالإضافة إلى اختلاف الجهة القضائية المختصة بالفصل في هذه المنازعة أو تلك .

إن منازعات التنفيذ هي طوارئ , و لا تعتبر جزءا من عملية التنفيذ و لا حلقة في نطاق سيرها الطبيعي , و إنما هي عوارض تحول دون السير الطبيعي لها , و هي بلا شك متعلق بها , و لذلك فهي تعد في الواقع العملي من أخطر وعوائق تسيير العدالة في مجال التنفيذ الجبري , و من أهم أسباب البطء و التعقيد في هذا المجال الحيوي , لهذا تدخل المشرع لضبط قواعدها و أحكام الرقابة عليها حتى لا تكون مطية لتعطيل مجرى التنفيذ , أو التعسف في استعمال حق الدعوى فيها .

ولقد أشرنا في مستهل هذا المبحث القول أن لكل طريق من طرق التنفيذ طوارئه , و لكنها تشترك في أن لها قواعد عامة و إجراءات مشتركة , و لأجل هذا لم نتطرق إلى هذه الطوارئ بصدد تطرقنا إلى كل نوع من أنواع الحجز , و بالتالي آثرنا أن نتطرق إليها مرة واحدة في ختام دراستنا كما أننا سنتطرق إلى أخر مرحلة من مراحل العملية التنفيذية , و هي توزيع حصيلة التنفيذ و لا شك في أن هذه العملية لا تقل أهمية عن عملية الحجز ذاتها , ذلك أن الغاية من توقيع الحجز هو الوصول إلى هذه المرحلة و ذلك وفقا لما تضمنته التشريعات الثلاث محل الدراسة .

---

(2) – راجع د / أحمد أبوا الوفا ، المرجع السابق ، ص 326 .
– و راجع أيضا د / وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص 345 .

## المطلب الأول

## الإشكال في التنفيذ

لكل منازعة في التنفيذ وجهان , و جه وقتي و وجه موضوعي , و الوجه الوقتي يرفع الأمر بشأنه إلى قاضي الأمور المستعجلة – رئيس المحكمة – في التشريع الجزائري , أو قاضي التنفيذ في التشريع المصر يو التشريع الفرنسي , باعتباره قاضيا يتولى الفصل في منازعات التنفيذ , ليأمر باتخاذ الإجراء الوقتي الذي يتناسب مع الطلب المطروح عليه , لحين الفصل في موضوع النزاع والوجه الآخر و هو الطلب الموضوعي يرفع إلى المحكمة المختصة لتقضي في أصل النزاع القائم بشأن التنفيذ بحكم يحسم في النزاع [(1)].

و عليه يقصد بالإشكال في التنفيذ كل طارئ يعيق مباشرة إجراءات التنفيذ وفقا للقانون , مما يحول دون مواصلة المكلف بالتنفيذ لعمله , أو يجعله غير ممكن سواء أثناء مقدمات التنفيذ أو حين اللجوء للتنفيذ الجبري , كما يعبر عن الإشكال في التنفيذ بالوسيلة القانونية التي تثار بموجب اعتراض على إجراءات التنفيذ في شكل منازعة يترك شأن النظر فيها للقاضي [(2)].

إن دعوى الإشكال في التنفيذ هي دعوى قائمة بذاتها لها ذاتيتها و خصوصيتها , و هي تختلف عن بعض العوارض التي تعترض السير الطبيعي للتنفيذ الجبري , فيتميز الإشكال في التنفيذ عن دعوى تصحيح الخطأ المادي أو الدعوى التفسيرية التي نص عليهما المشرع الجزائري في نص المادتين 285 و 286 ق.إ.م.إ , فهذه الأخيرة لا يشترط فيها أن تعرف في ظرف زمني معين حيث يحق لصاحب الحق و المصلحة أن يطلب عن طريق دعوى قضائية تصحيح الخطأ المادي أو رفع الدعوى التفسيرية بينما الإشكال في التنفيذ لا يثار إلا في شأن التنفيذ الجبري , و هو يثار إما من طرف المحضر القضائي أو أطراف التنفيذ , بل و حتى من طرف الغير [(3)].

و كما لا يشكل الاعتداء على المحضر القضائي أثناء تأدية وظيفته سببا لرفع إشكال في التنفيذ فالاعتداء على المحضر القضائي أو المقاومة المحتملة في مواجهة المكلف بالتنفيذ من طرف المنفذ عليه فهذه الحالة تعتبر جريمة الاعتداء على ضابط عمومي أثناء تأدية مهامه , و على اعتبار أن المحضر القضائي ضابط عمومي , فإن الاعتداء عليه يترتب عليه قيام الجريمة السالفة الذكر , و هذا وفقا لنص

---

(1) – راجع أ / أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 493 .

– و راجع أيضا د / محمد الصاوي مصطفى ، المرجع السابق ، ص 475 .

(2) – و راجع د / محمد الصاوي مصطفى ، المرجع السابق ، ص 475 .

(3) – هذا التعريف منقول حرفيا من مرجع د ، بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 322 .

المادة 19 من القانون رقم 06-03 المتعلق بمهنة المحضر القضائي , و كذا المادة 144 من قانون العقوبات الجزائري [(1)].

و لقد تضمنت المادة 631 ق.إ.م.إ : ( في حالة وجود إشكال في تنفيذ أحد السندات التنفيذية المنصوص عليها في القانون , يحرر المحضر القضائي محضرا عن الإشكال , و يدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ عن طريق الاستعجال .
تخضع إشكالات التنفيذ المتعلقة بالحجوز للقواعد الخاصة بأحكام الحجوز ) .

**وأما المشرع المصري** فقد نص على أحكام الإشكال في التنفيذ بموجب المادة 321 مرافعات مصري بنصها : ( إذا عرض عند التنفيذ إشكال وكان المطلوب فيه إجراء وقتيا فللمحضر أن يوقف التنفيذ أو أن يمضي فيه ولا يترتب على تقديم أي إشكال آخر وقف التنفيذ ما لم يحكم قاضي التنفيذ بالوقف.
و لا يسري حكم الفقرة السابقة على أول إشكال يقيمه الطرف الملتزم في السند التنفيذي إذا لم تكن قد اختصم في الإشكال السابق ) .

## الفرع الأول
## شروط الإشكال في التنفيذ

لقد أشرنا سابقا في أن المشرع قد تدخل لتنظيم أحكام الإشكال في التنفيذ , و بالتالي وضع قواعد وشروط تحكم هذا النوع من الدعوى , و لولا هذه الشروط لتعمد المدين أو حتى الغير متواطئا مع هذا الأخير في إثارة إشكالات لا تستند على أي أساس , و يهدف من خلالها عرقلة التنفيذ , و عليه يمكن القول أن شروط رفع الإشكال في التنفيذ تتمثل في ثلاث شروط و هي :

**1 – شرط الاستعجال :** يعتبر شرط الاستعجال أهم شرط في الدعاوى الوقتية , و قد اختلف الفقه في وضع تعريف للاستعجال , فعرفه البعض بأنه الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا , أو أنه الخطر الذي لا يكفي في اتقائه رفع الدعوى بالطرق المعتادة في رفع الدعاوى , و عرفه البعض بأنه الخطر الحقيقي المحدق المراد المحافظة عليه و الذي يلزم درؤه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي و لو قصرت مواعيده , أما البعض الآخر فقد عرفه بأن الاستعجال يوجد في كل حالة يؤدي فيها التأخير في الإجراء المؤقت إلى فوات المصلحة و ضياع الحق فضلا عن زوال المعالم [(2)].

---

(1) – راجع المادة 19 من القانون رقم 06-03 المتعلق بمهنة المحضر القضائي , و المادة 144 من قانون العقوبات الجزائري.
(2) – راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 219 .

إذن يقصد بالاستعجال في الإشكالات الوقتية للتنفيذ نفس مفهومه في الدعوى القضائية المستعجلة من حيث وجود ظروف واقعية أو قانونية تحيط بالحق أو المركز القانوني المراد حمايته تجعل من الصعب إن لم يكن من المستحيل الحصول على هذه الحماية بإتباع إجراءات التقاضي العادية , و نجد أن المشرع الجزائري عبر صراحة عن اختصاص القضاء المستعجل بالنظر في إشكالات التنفيذ , حيث نصت المادة 1/631 ق.إ.م.إ : ( في حالة وجود إشكال في تنفيذ أحد السندات التنفيذية المنصوص عليها في هذا القانون , يحرر المحضر القضائي محضرا عن الإشكال ويدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ عن طريق الاستعجال ) , و أما في التشريع المصري فإذا كان المشرع المصري لم يستعمل مصطلح الاستعجال إلا أن مضمون المواد يوحي بذلك فالبرجوع إلى نص المادة 313 مرافعات مصري : ( لا يترتب على العرض الحقيقي وقف التنفيذ إذا كان العرض محل نزاع [1].

و لقاضي التنفيذ أن يأمر بوقف التنفيذ مؤقتا مع إيداع المعروض أو مبلغ أكبر منه بعينه ).

و عليه و لما كانت إشكالات التنفيذ الوقتية مستعجلة بنص القانون , فقد أعفى المشرع مقدم الإشكال من إثبات وجه الاستعجال , إلا أن هذا الافتراض قابل للإثبات العكس , فيجوز للخصم إثبات عدم توافر الاستعجال [2].

**2 – <u>وجوب رفع الإشكال في التنفيذ قبل تمامه</u> :** يشترط لقبول الإشكال الوقتي في ألا يكون التنفيذ قد تم , لأنه لو تم التنفيذ فلا محل و لا مصلحة في وقفه أو الاستمرار فيه لأن المصلحة مناط كل طلب , و عليه فلا يقبل أي إشكال إذا ما انتهت إجراءات التنفيذ , و بالتالي لا يتصور أن يقدم المدين أو الغير للمحضر القضائي اعتراض على التنفيذ في حين أن هذا الأخير قد انتهى منه , و على المحضر أن يستمر في الإجراءات التالية له دون أن يعير أي اهتمام لهذا الاعتراض , لأن هذا الأخير يعد إجراء غير ذي جدوى لانقضاء محله [3].

و إذا رفع الإشكال بعد إتمام جزء من أعمال التنفيذ , إذا كان هذا الأخير يتم على مراحل مختلفة ومتتالية كما في التنفيذ على المنقول , فإن التنفيذ يتم على مرحلتين , أولها توقيع الحجز و ثانيهما بيعه فإذا وقع جزء من التنفيذ كالحجز مثلا , فإنه يجوز رفع إشكال وقتي لوقف الإجراءات التالية أي بيع الأشياء المحجوزة [4].

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 264 .

(2) – راجع د / عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص 185 .

(3) – راجع د/ أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 383 .

(4) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 324 .

الأصل أن يقدم التنفيذ أثناء سير العملية التنفيذية و قبل تمامها , لكن السؤال الذي يطرح هو **هل يجوز رفع الإشكال في التنفيذ قبل البدء فيه , و ذلك على سبيل الاحتياط لدفع ضرر يخشى وقوعه عند البدء في التنفيذ ؟**

إن المنازعة في التنفيذ وعلى خلاف الطعن في الحكم , فهي لا تفترض صدور عمل سابق من الخصم يطعن فيه , و بالتالي يمكن أن يقدم الإشكال في التنفيذ على سبيل الوقاية من عمل محتمل الوقوع فيجوز أن يقدم المدين إشكالا في التنفيذ فبل البدء فيه , كما يجوز حتى للغير الذي لم يكن طرفا في الحكم أو السند التنفيذي أن يستشكل في التنفيذ قبل حصوله ,إذا ظهر له من أعمال طالب التنفيذ أنه يرغب في التنفيذ على أمواله , كما أن المشرع الجزائري قد قرن رفع الإشكال قبل تمامه ولم ينص على حالة رفعه قبل التنفيذ,و منه يمكن القول أنه إذا لم يرد نص صريح يمنع ذلك فيجوز للمدين أو الغير أن يرفع إشكالا في التنفيذ ذلك أن الأصل في الإجراءات هي لإباحة [1].

**3 – <u>أن لا يرد الإشكال مرتين على نفس الموضوع</u> :** إن المطلوب في الإشكال الوقتي هو اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي لا يمس بأصل الحق الموضوعي أو الحق في التنفيذ , لهذا يشترط أن لا يتم رفع الإشكال في التنفيذ أو في طلب وقف التنفيذ إذا تم الفصل فيه , و عليه لا يمكن الاستشكال في أمر فصل في إشكال, فالإشكال ليس إلا منازعة في إجراءات التنفيذ تتعلق بمدى موافقة تلك الإجراءات لأحكام القانون , كما أن الإشكال لا يرد إلا على السندات التنفيذية , و الأمر الصادر في الإشكال لا يعتبر سندا تنفيذيا صالحا للتنفيذ فيه بالطرق الجبرية , فهو لا يتضمن إلزاما معينا للخصوم [2].

إذا كان الأمر الفاصل في الإشكال لا يتضمن حجية الشيء المقضي فيه , إلا أن المشرع الجزائري أخذ بهذا المبدأ و بالتالي لا يجوز رفع الإشكال في التنفيذ أو طلب وقف التنفيذ من طرف نفس الأطراف و حول نفس الموضوع و هذا ما قضت به المادة 338 من القانون المدني الجزائري [3].

---

(1) – راجع أ / أحمد خلاصي ، المرجع السابق ، ص 495 .

(2) – راجع د / بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 325 .

(3) – لقد تضمن المادة 338 من القانون المدني الأحكام المتعلقة بإعمال حجية الشيء المقضي فيه بقولها : ( الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، و لا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة و لكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام في نزاع بين الخصوم أنفسهم ، دون أن تتغير صفاتهم و تتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب.

و لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا ) ، و قد جاء في حيثيات قرار للمحكمة العليا تحت رقم 54168 الصادر بتاريخ 1898.11.15 من المقرر قانونا أن الحكم لا يحوز حجية الشيء المقضي فيه إلا بتوافر عناصر ثلاثة هي :

وحدة الأطراف دون أن تتغير صفتهم –وحدة الموضوع – وحدة السبب ، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

و لقد أشرنا أن الإشكال الوقتي هو اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي لا يمس بأصل الحق الموضوعي لذلك لا يجوز رفع الإشكال الوقتي للمطالبة بالحكم ببراءة المدين , أو بعدم جواز التنفيذ أو ببطلان إجراءاته , أو بسقوط حق الدائن فيه , أو بطلب تفسير حكم أو عقد رسمي , أو بتصحيح ما ورد في الحكم من أخطاء مادية , أو بتعديله , أو ببطلان الحكم أو بصحته أو بتزوير محرر , لأن كل هذه منازعات موضوعية (1).

و لقد تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أحكاما تتعلق بمنازعة الإشكال في التنفيذ و قد نصت المادة 631 من هذا القانون على : ( في حالة وجود إشكال في تنفيذ أحد السندات التنفيذية المنصوص عليها في هذا القانون , يحرر المحضر القضائي محضر عن الإشكال , و يدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ عن طريق الاستعجال .

تخضع إشكالات التنفيذ المتعلقة بالحجوز للقواعد الخاصة بأحكام الحجوز ) .

و تضيف المادة 635 من نفس القانون : ( إذا سبق الفصل في إشكال التنفيذ أو في طلب وقف التنفيذ , فلا يجوز رفع دعوى ثانية من نفس الأطراف حول نفس الموضوع ) , و عليه و من خلال المادتين نرى أنهما تضمنتا الشروط السالف ذكرها لرفع إشكال في التنفيذ .

و نجد أن المشرع المصري ينص تقريبا نفس هذه , حتى و إن لم تشر مواد قانون المرافعات المصري إلى هذه الشروط صراحة , إلا أنه يمكن استخلاصها فقد نصت المادة 321 منه على : ( إذا عرض عند التنفيذ إشكال و كان المطلوب فيه إجراء وقتيا فللمحضر أن يوقف التنفيذ أو يمضي فيه .

و لا يترتب على تقديم أي إشكال آخر وقف التنفيذ ما لم يحكم قاضي التنفيذ بالوقف , و لا يسري حكم الفقرة السابقة على أول إشكال يقيمه الطرف الملتزم في السند التنفيذي إذا لم يكن قد اختصم في الإشكال السابق ) .

---

(1) – راجع د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 380–381 .

## الفرع الثاني
## إجراءات رفع الإشكال في التنفيذ

يتم رفع إشكال في التنفيذ أو طلب وقف التنفيذ بطريقتين , فإما أن ترفع عن طريق رفع الدعوى العادي أو أن يبدى الإشكال أمام المحضر القضائي.

**1- الطريق العادي لرفع الدعوى :** لقد نصت المادة 2/632 ق.إ.م.إ : ( في حالة رفض المحضر القضائي تحرير محضر عن الإشكال الذي يثيره أحد الأطراف , يجوز لأحدهم تقديم طلب وقف التنفيذ إلى رئيس المحكمة , عن طريق دعوى استعجالية من ساعة إلى ساعة و تكليف المحضر القضائي و باقي الأطراف بالحضور أمام الرئيس .
توقف إجراءات التنفيذ إلى غاية الفصل في الإشكال أو في طلب وقف التنفيذ من طرف رئيس المحكمة).

و يرفع الإشكال في هذه الحالة عن طريق دعوى استعجالية عادية , و تكليف المحضر القضائي وباقي أطراف التنفيذ بالحضور أمام رئيس المحكمة , و قد منح المشرع الجزائري للطر للطرف المستشكل أن يبادر إلى رفع دعوى استعجالية من ساف المستشكل أن يبادر إلى رفع دعوى استعجالية من ساعة إلى ساعة , و نشير في هذا الصدد أنه ليس كل إشكالات التنفيذ يجب أن ترفع بالضرورة بدعوى استعجالية من ساعة إلى ساعة , إذ يمكن رفعها عن طريق الاستعجال العادي , و في اعتقادنا أن المشرع الجزائري لما نص على ذلك فقط ليمنح الفرصة للمدين أن يرفع هذه الدعوى خاصة في حالة التنفيذ الذي يتم مرة واحدة , و بالتالي يمكن للمدين أن يرفع إشكالا قبل تمام التنفيذ .

**و بالنسبة للتشريع المصري** , فقد تضمن قانون المرافعات المصري هذه الطريقة لرفع الإشكال فبالرجوع إلى نص المادة 68 مرافعات مصري التي تنص على أنه : ( يجوز في غير إشكالات التنفيذ أن يسلم للمدعي متى طلب ذلك أصل الصحيفة و صورها ليتولى تقديمها إلى قلم المحضرين لإعلانها و رد الأصل إلى المدعي ليقوم بإعادته إلى قلم الكتاب ) , فهذا ما لا يجوز في مجال إشكالات التنفيذ و الحكمة من ذلك أن الإشكال في التنفيذ يوقف التنفيذ بمجرد رفعه , مما يخشى معه أن يستبقي المدعي صحيفة الدعوى تحت يده دون أن يقدمها إلى قلم المحضرين قاصدا إبقاء الأثر الموقف للدعوى دون أن تعلن صحيفته [1].

---

(1) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 267 .

**2 – <u>إبداء الإشكال أمام المحضر القضائي</u> :** يعتبر هذا الطريق الأكثر شيوعا في الحياة العملية حيث أنه عملا بنص المادة 1/631 : ( في حالة وجود إشكال في تنفيذ أحد السندات التنفيذية المنصوص عليها في هذا القانون , يحرر المحضر القضائي محضرا عن الإشكال , و يدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ عن طريق الاستعجال) .

و عليه , ففي حالة وجود إشكال مادي أو قانوني أثناء القيام بالتنفيذ , إذ يقوم المحضر القضائي بتحرير محضر عن الإشكال , و يدعو الأطراف لعرض الإشكال عن طريق الاستعجال هذا بالنسبة للعقبات التي تعترض التنفيذ , كما يجوز لأطراف التنفيذ إثارة أي إشكال جدي لم ينتبه إليه المحضر القضائي , أو أن يعترض المدين أو الغير على الحجز , و في هذه الحالة منح المشرع الجزائري للمحضر القضائي سلطة تقديرية لتقدير جدية الإشكال و بالتالي فإما أن يقبل الإشكال أو أن يرفضه و يستمر في إجراءات التنفيذ وهذا ما نضمته المادة 2/632 , و نجد أن المشرع المصري قد منح نفس هذه السلطة للمحضر القائم بالتنفيذ في نص المادة 1/312 مرافعات مصري , إذ على المحضر إذا ما عرض عليه إشكالا عند التنفيذ فإن له أن يوقف التنفيذ أو يمضي فيه على سبيل الاحتياط .

**و قد أحدث هذا النص جدلا فقهيا في مصر إذ يذهب الرأي الراجح إلى وجوب التفرقة بين حالتين :**

– **<u>الحالة الأولى</u>** : إذا ما كان التنفيذ يتم على مرحلة واحدة فقط , ففي هذه الحالة يجب على المحضر القضائي أن يوقف التنفيذ.

– **<u>الحالة الثانية</u>** : إذا كان التنفيذ يتم على مراحل ففي هذه الحالة يستمر المحضر في التنفيذ إلى أن ينتهي من هذه المرحلة ثم يتوقف [(1)].

إلا أننا لا نؤيد هذا الرأي فهذه التفرقة لا نجد لها أساس قانوني , فهي من وحي الفقه و بالتالي فالأمر متروك للمحضر القضائي و سلطته التقديرية , إلا أننا نرى أنه كان على المشرع الجزائري أن يقيد من سلطة هذا الأخير في رفض طلب الإشكال , كأن يطلب مثلا مشورة رئيس المحكمة في هذا الأمر أو أن يرفع له تقريرا عن هذا الأمر .

---

(1) – راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 251 .

## الفرع الثالث
## آثار الإشكال في التنفيذ

إن دعوى الإشكال في التنفيذ هي منازعة وقتية تتسم بالطابع الإستعجالي , و بالتالي على القاضي الذي ينظر في هذه الدعوى أن يفصل فيها على سبيل الاستعجال , و هذا ما نصت عليه المادة 633 ق.إ.م.إ : ( يتعين على رئيس المحكمة أن يفصل في دعوى الإشكال أو في طلب وقف التنفيذ في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما من تاريخ رفع الدعوى , بأمر مسبب غير قابل لأي طعن .

يكون للأمر الصادر عن رئيس المحكمة طابع مؤقت و لا يمس أصل الحق و لا يفسر السند التنفيذي ).

و عليه فإن الأمر الذي يصدره رئيس المحكمة هو أمر مسبب , إلا أن هذا التسبيب ليس له أي أثر قانوني باعتبار أن هذا الأمر غير قابل لأي طعن , و تظهر الأهمية في هذا في تجنب عدم إطالة النزاع كما يمتاز هذا الأمر بالطابع المؤقت إذ يجب أن لا يمس بأصل الحق و لا يفسر السند التنفيذي و هذا أمر طبيعي و منطقي , **إلا أننا نتسآل عن الحل في حالة ما إذا مس القاضي بأصل الحق أو فسر سندا تنفيذيا , مع العلم أن هذا أمر غير قابل لأي طعن ؟**

و منه نرى أنه كان على المشرع الجزائري أن يمنح فرصة لأطراف التنفيذ أن يطعنوا في هذا الأمر في حالة ما إذا مس القاضي بأصل الحق أو فسر سندا تنفيذيا.

**و أما في التشريع المصري** فلم يتضمن قانون المرافعات المصري حكما يشابه حكم التشريع الجزائري , إلا أننا نرى أن دعوى الإشكال في التنفيذ هي دعوى استعجالية , فهي بالتأكيد سيفصل فيها قاضي التنفيذ على سبيل الاستعجال .

إن الأمر الذي يصدره رئيس المحكمة , أو القاضي المختص في مصر يتخذ احتمالين , فإما أن يرفض رئيس المحكمة دعوى الإشكال في التنفيذ أو طلب وقف التنفيذ , و يترتب على هاتين الفرضيتين الأثار التالية :

**1 – <u>حالة رفض دعوى الإشكال</u>** : و في هذه الحالة يحكم القاضي على المدعى عليه بغرامة مدنية لا تقل ثلاثين ألف دينار دون المساس بالتعويضات المدنية التي يمكن منحها للمدعى عليه , و نجد أن التشريع المصري ينص على نفس هذا الحكم , حيث نص بجواز فرض على المستشكل الذي خسر دعواه غرامة مالية لا تقل عن خمسين جنيها , و لا تزيد عن مائتي جنيه , مع عدم الإخلال

بالتعويضات إن كان لها وجه , و أما في التشريع الفرنسي فلا يوجد حكم في هذا الشأن [1].

2 – <u>**حالة قبول الطلب**</u> : إن الأصل في الإشكالات الوقتية فإنها توقف التنفيذ بقوة القانون , و هذا على خلاف المنازعات الموضوعية حيث لا يترتب على رفع المنازعات الموضوعية بحسب الأصل وقف التنفيذ إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك [2].

ولقد نصت المادة 1/634 ق.إ.م.إ : ( في حالة قبول دعوى الإشكال أو طلب وقف التنفيذ يأمر الرئيس بوقف التنفيذ لمدة محددة لا تتجاوز ستة (6) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ) وعليه قد يترأى أن رئيس المحكمة يمنح المستشكل أجل للتنفيذ ( نظرة الميسرة ), إلا أنه يجب التمييز بين وقف التنفيذ الناجم عن إشكال في التنفيذ , و وقف التنفيذ الذي يطلبه المدين المعسر وفقا لأحكام المادة 281 من القانون المدني الجزائري , فالأول قرره المشرع الجزائري لمواجهة إشكال قانوني أو مادي يعترض السير الطبيعي لإجراءات التنفيذ , بينما الثاني فقد قرره المشرع الجزائري للمدين المعسر حسن النية و الذي يعجز نتيجة لظروف خارجة عن إرادته , و منه فقد تقرر هذا الأمر لأسباب إنسانية متصلة بالوضع المالي للمدين الذي لا يحتج على الاستحقاق .

**و أما في التشريع المصري** فيجب التفرقة بين حالتين لأثر رفع الإشكال , فالإشكال الأول يترتب عليه وقف التنفيذ بقوة القانون بمجرد رفعه أمام المحكمة المختصة , إلا أن القانون أعطى للمحضر القضائي سلطة أن يمضي في إجراءات التنفيذ رغم إبداء الإشكال أمامه , و ذلك على سبيل الاحتياط إلا أنه يشترط أن يوقع الحجز دون التصرف في المال في التنفيذ الذي يتم على مرحلتين , و أما التنفيذ الذي يتم على مرحلة واحدة كحكم الإخلاء مثلا فإن المحضر القضائي في هذه الحالة يجب عليه وقف التنفيذ بمجرد إبداؤه أمامه و إثباته , إلا أنه على المحضر القضائي في الحالة الأولى أن لا يتم التنفيذ قبل أن يصدر القاضي حكمه في الإشكال مع خضوعه لكافة فعاليات الرقابة من مدير إدارة التنفيذ على الإجراءات اللاحقة التي قام بها رغم تقديم الإشكال إليه [3].

---

(1) – يشير الدكتور بربارة عبد الرحمان ، مرجع السابق ، ص 335 : ( كما أن صياغة الفقرة الثالثة من نفس المادة 634 تثير تساؤلا آخر في شأن الحكم على المدعي في الإشكال بغرامة مدنية لا تقل عن ثلاثين ألف دينار (30.000 دج) دون المساس بالتعويضات المدنية التي يمكن منحها للمدعى عليه في حالة رفض طلب وقف التنفيذ ، إذ أن المادة باللغة العربية جاءت في صياغة الأمر ًيحكمً بينما النص باللغة الفرنسية و هو الراجح في نظرنا ، جاءت في صياغة الجواز il peut être prononcé فالغرامة هي جزاء نتيجة التعسف في حال ثبوته و لا يحكم بها على أساس قرينة التعسف ).

– راجع أيضا د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 120 .

(2) – راجع د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 268 .

(3) –راجع د / فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 670 .

– و راجع أيضا د / طلعت دويدار ، المرجع السابق ، ص 269 .

**و أما بالنسبة للتشريع الفرنسي** فإن رفع الإشكال يترتب عليه وقف التنفيذ , إلا أن يتم الفصل في الإشكال إما بقبول الإشكال أو رفضه , مع ما يترتب على الرفض من جزاءات مالية .

## المطلب الثاني

## توزيع حصيلة التنفيذ

إن إجراءات الحجز التنفيذي لا تنتهي إلا و قد تحولت أموال المدين المحجوزة إلى نقود , ففي الحجز التنفيذي على المنقول لا يسلم المحضر القضائي الأشياء المبيعة إلى الراسي عليه المزاد إلا بعد دفع الثمن , و في الحجز التنفيذي على العقار لا يحكم القاضي بإيقاع البيع بعد إيداع الثمن كاملا .

يهدف الحجز أساسا إلى غاية واحدة و هي استيفاء الدائن لحقه بعد نهاية كل طريق من طرق الحجز السالف ذكرها , و لعل التساؤل الذي يطرح عن كيفية توزيع ثمن المنقول أو العقار.

لا يثير توزيع حصيلة التنفيذ مشكلة في بعض الحالات حيث يقوم من لديه النقود المحصلة بأدائها مباشرة إلى الدائنين المخصصة لديهم الحصيلة , و يحدث هذا الأمر في الفروض الثلاثة :

**أولا :** عندما يكون التنفيذ حاصلا لمصلحة دائن فقط , فهنا وجب على من تكون لديه النقود المحصلة من التنفيذ , أن يؤدي مستحقه مباشرة , و يستوي في هذه الحالة أن تكون النقود المحصلة كافية للوفاء أم لا .

وهذا ما أشارت إليه المادة 790 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بنصها : " إذا تم الحجز على مبالغ نقدية لدى المدين , أو تم بيع الأموال المحجوزة استلم الدائن الحاجز المبالغ المحصلة من التنفيذ مباشرة من المحضر القضائي أو محافظ البيع " .

بينما نص قانون المرافعات المصري في المادة 470 على : " إذا كانت حصيلة التنفيذ كافية للوفاء بجميع حقوق الدائنين الحاجزين ومن اعتبر طرفا في الإجراءات وجب عليم نتكون لديه هذه المبالغ أن يؤدي لكل من الدائنين دينه بعد تقديم سنده التنفيذي أو بعد موافقة المدين ".

**و أما بالنسبة للقانون الفرنسي** فقد نصت المادة – ر 332/ 1 من المرسوم رقم 2012–783 الصادر بتاريخ 30 ماي 2012 على توزيع ثمن حصيلة التنفيذ للدائن الوحيد , و هذا بعد أن يقدم

طلب معلل و مرفق بوثائق تثبت طلباته إلى الحارس القضائي أو إلى صندوق الودائع و الإيداع [1].

**ثانيا** : عندما يكون التنفيذ حصيلة لمصلحة دائنين متعددين و تكون الحصيلة كافية للوفاء بجميع حقوقهم , و هنا وجب على من لديه النقود أداء كل واحد منهم كاملا , و إذا بقى شيء من الحصيلة بعد دفع التكاليف و الرسوم , فإنها تكون من حق المدين , و هذا ما نصت المادة 791 من ق.إ.م.إ : " في حالة تعدد الدائنين و كانت المبالغ المحصلة من التنفيذ كافية بحقوق جميع الدائنين الحاجزين والدائنين المتدخلين في الحجز , يجب على المحضر القضائي أو محافظ البيع أو على من تكون لديه هذه المبالغ أن يؤدي لكل دائن دينه بعد تقديم سنده التنفيذي .

يجوز الوفاء أيضا بالدين لجميع الدائنين الذين ليست لهم سندات تنفيذية , بعد موافقة كتابية من المدين المحجوز عليه .

ترد المبالغ المالية المتبقية إلى المدين المحجوز عليه , بعد سداد الديون و المصاريف " , و بالنسبة للتشريع المصري فقد تطرق المشرع المصري إلى هذه الحالة في نص المادة 470 السالفة الذكر ونفس الأمر بالنسبة للتشريع الفرنسي إذ تضمنت المادة – ر 2/332 حالة تعدد الدائنين , وم ما يستوجب القيام به من إجراءات قصد الحصول على جزء من حصيلة التنفيذ .

**ثالثا** : عندما يتم الاتفاق على كيفية التوزيع , فإذا اتفق ذوو الشأن على توزيع الحصيلة بينهم في ميعاد معين , كان اتفاقهم نافذا , و يقصد بذوي الشأن في هذا الصدد الحاجزون و من في حكمهم والمدين و من في حكمه [2].

---

(1) **article r332-1** : « lorsqu'il n'existe qu'un créancier répondant aux conditions de l'article l. 331-1, celui-ci adresse, dans un délai de deux mois suivant la publication du titre de vente, au séquestre ou à la caisse des dépôts et consignations, une demande de paiement de sa créance par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

la demande de paiement est motivée.

lorsque la distribution fait suite à une saisie immobilière, la demande est accompagnée d'un état hypothécaire certifié à la date de la publication du commandement de payer valant saisie, d'une copie revêtue de la formule exécutoire du jugement d'orientation et, selon le cas, du jugement d'adjudication ou du jugement constatant la fin de l'instance, à laquelle est annexée une copie du contrat de vente amiable ainsi que d'un certificat du greffe du juge de l'exécution attestant qu'aucun créancier inscrit après la date de la publication du commandement n'est intervenu dans la procédure. le certificat du greffe ne peut être délivré avant l'expiration d'un délai d'un mois suivant la publication du titre de vente.

Le séquestre ou la caisse des dépôts et consignations procède au paiement dans le mois de la demande. a l'expiration de ce délai, les sommes dues portent intérêt au taux légal.

dans le même délai, il informe le débiteur du montant versé au créancier et, le cas échéant, lui remet le solde. - le séquestre ou la caisse des dépôts et consignations ne peut refuser le paiement que si les documents produits démontrent l'existence d'un autre créancier répondant aux conditions de l'article l. 331-1. en cas de contestation, le juge de l'exécution est saisi par le créancier poursuivant ou le débiteur.

(2) – راجع د / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 716 .

**و عموما تتم توزيع حصيلة التنفيذ بإحدى الوسيلتين :**

**الأولى :** قسمة غرماء أو ما يسمى بالقسمة بالمحاصة –distribution par contribution– بمعنى أن كل دائن يأخذ نصيبه من الحصيلة بحسب دينه إلى مجموع الديون بغير أولوية لدائن على آخر بحيث إذا لم تكف حصيلة التنفيذ تحمل كل منهم خسارة بعض دينه بنفس النسبة , و لا تتبع هذه الطرق إلا عند تساوي الدائنين المشتركين في التوزيع في دراجاتهم [1].

**الثانية :** التوزيع بالترتيب أو بالقائمة –distribution par ordre– و يتم هذا التوزيع حينما يشترك في التوزيع دائنون أصحاب أولوية موضوعية , حيث تقسم عليهم الحصيلة حسب مراتبهم و بالباقي يقسم على الدائنين العاديين قسمة غرماء [2].

و منه سنتطرق إلى إجراءات توزيع حصيلة التنفيذ في **الفرع الأول** , بينما نخصص **الفرع الثاني** إلى التوزيع عن طرق القائمة المؤقتة , و في الفرع الثالث سنتطرق فيه إلى التوزيع عن طريق القائمة النهائية.

## الفرع الأول
## إجراءات توزيع حصيلة التنفيذ

تتم عملية توزيع حصيلة التنفيذ بناء على طلب الدائن أو الدائنين , و في هذا الشأن يجب التفرقة بين حالة كفاية المبالغ المحصلة من التنفيذ و حالة عدم كفايتها .

**1 – في حالة كفاية حصيلة التنفيذ :** و كما أشرنا سابقا , يتم تسليم المبالغ المستحقة مباشرة إلى الدائن إذا كان هو الحاجز الوحيد , وفي هذا الفرض لا نتصور صعوبة تذكر كما أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يتطرق إلى أي إجراء يتخذه الدائن الحاجز للمطالبة بحصيلة التنفيذ , و لعل الأمر بديهي لطالما أن هذا الدائن على علاقة مباشرة المحضر القضائي الذي تولى عملية الحجز و البيع أو محافظ البيع بالمزاد العلني , إلا أن الإشكال الذي يطرح في حالة تعدد الدائنين و في هذه الحالة لم يتطرق المشرع الجزائري النص على أي حكم يمكن أن يتخذه الدائنون للمطالبة بحقوقهم في حصيلة التنفيذ وفي اعتقادنا أن هذا تقصير من طرف المشرع الجزائري , إذ كان عليه أن يحدد طبيعة الإجراء الذي يجب اتخاذه و شكله و ميعاد تقديمه .

---

(1) – راجع د / رمزي سيف ، المرجع السابق ، ص 567 و ما يليها .
– د / أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 858 و ما يليها .

(2) –voir Claude Brenner , op-cit , p 229 .

و نجد أن **المشرع المصري** بدوره لم يحدد طبيعة الإجراء و شكله و ميعاده , على عكس المشرع الفرنسي فقد حدد الإجراءات التي يجب اتخاذها سواء بالنسبة للدائن الحاجز , أو بالنسبة للدائنين المتدخلين في الحجز أو في حصيلة التنفيذ , فحسب نص المادة – ر 2/332 – , يجب على الدائن الحاجز القيام بتبليغ الدائنين الآخرين المسجلين خلال شهرين من نشر إعلان البيع عن طريق محامي إذ يتم تحرير طلب يبلغ إلى محامي الدائنين الآخرين للقيام بتصريح عن ديونهم , و يعتبر هذا التبليغ بمثابة إنذار , فإذا لم يقوموا بما طلب منهم فإن حقهم في المطالبة بحصيلة التنفيذ يسقط وبالتالي لا يتبقى لهم إلا أن يتخذوا الإجراءات للحصول على ديونهم من باقي حصيلة التنفيذ بعد توزيعها [(1)].

و لم يكتف **المشرع الفرنسي** بتحديد الإجراءات التي يجب اتخاذها في حالة تعدد الدائنين , بل حدد أيضا الإجراءات التي يجب أن يتخذها الدائن الوحيد , إذ يجب عليه أن يقدم طلب توزيع حصيلة التنفيذ مرفقا بمجموعة من الوثائق منها , نسخة من السند التنفيذي لرسو المزاد , أو نسخة من عقد البيع الاختياري , و نسخة من كتابة ضبط قاضي التنفيذ تثبت عدم تسجيل أي دائن جديد بعد نشر محضر التكليف بالوفاء , و يقدم الطلب الذي يحرره محامي الدائن إلى الحارس القضائي , أو إلى صندوق الودائع و الإيداع .

**2– <u>في حالة عدم كفاية حصيلة التنفيذ</u> :** و في حالة عدم كفاية حصيلة التنفيذ , فإنه من الطبيعي عدم تقسيم حصيلة التنفيذ , يقوم المحضر القضائي أو محافظ البيع بإيداع المبالغ المحجوزة لدى كتابة ضبط المحكمة التي تم في دائرتها التنفيذ , و هذا ما نصت عليه المادة 792 من ق.إ.م.إ : " إذا كانت المبالغ المالية المحصلة من التنفيذ غير كافية للوفاء بحقوق جميع الدائنين الحاجزين و الدائنين المتدخلين في الحجز , يجب على المحضر القضائي أو محافظ البيع , و على كل من تكون لديه المبالغ المحصلة من التنفيذ إيداعها بأمانة ضبط المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها التنفيذ مع إرفاق جدول عن الأموال المحجوزة و محضر رسو المزاد .

ففي هذه الحالة , يقوم رئيس أمانة الضبط بإخطار رئيس المحكمة كتابيا من أجل توزيع المبالغ المحصلة من التنفيذ " , ومنه يظهر من خلال نص المادة السالفة الذكر , أن توزيع حصيلة التنفيذ تنتقل من اختصاص المحضر القضائي أو محافظ البيع بالمزاد العلني , إلى رئيس المحكمة التي وقع بدائرة اختصاصها التنفيذ , و من ثم يقوم رئيس المحكمة بإعداد مشروع قسمة , أو قائمة مؤقتة لتوزيع المبالغ المالية خلال 15 يوما من تاريخ إخطاره و ذلك وفقا لأحكام المادة 794 من نفس القانون إذ نصت على :" يعد رئيس المحكمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إخطاره , قائمة لتوزيع المبالغ المالية المحصلة

---

(1)- voir Claude Brenner, op-cit , p 235 .

من التنفيذ بين الدائنين المقيدين و يأمر بإيداعها بأمانة الضبط وتعليق مستخرج منها ", و بعد أن يتم تعليق هذا المستخرج بلوحة إعلانات المحكمة لمدة ثلاثين يوما , يمكن لكل دائن بيده سند دين أن يتقدم خلال من تاريخ انتهاء أجل التعليق أن يتقدم أمام كتابة ضبط المحكمة ليقيد نفسه مع بقية الدائنين و إلا سقط حقه في الانضمام إلى القائمة .

**و أما بالنسبة للتشريع المصري** , ففي حالة عدم كفاية الأموال المحصلة من التنفيذ , يتم إيداعها من خزانة المحكمة مرفقة ببيان الأموال المحجوزة , و يتم عرض الأمر على قاضي التنفيذ الذي يتولى إعداد قائمة مؤقتة للتوزيع , ثم يتولى قلم كتاب المحكمة إعلان المدين و الحائز و الدائنين و كل من اعتبر طرفا في الحجز لحضور جلسة التسوية الودية خلال أجل 30 يوما من تاريخ الإيداع , و هذا تطبيقا للمواد 471 , 472 و 473 من قانون المرافعات المصري .

**و أما في فرنسا** و في كل الحالات فإن الأموال المحصلة من التنفيذ تكون مودعة لدى الحارس القضائي , أو صندوق الودائع و الإيداع , و يتولى الدائن القائم بإجراءات التنفيذ اقتراح قائمة توزيع مؤقتة يتم تبليغها إلى محامي كافة الدائنين لإبداء الاعتراضات خلال أجل خمسة عشر يوما من تاريخ التبليغ و يجب تحت طائلة بطلان الإجراء تنبيه الدائنين بممارسة حق الاعتراض [(1)].

و منه يتبين لنا أن إجراء الإعلان الذي نصت عليه المادة 795 ق.إ.م.إ.ج و إن كان مقبولا فإنه غير كاف , و بالتالي كان من الأجدر أن يتم تبليغ كل أطراف التنفيذ , حتى يكونوا على علم و يتمكنوا من اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان استيفاء حقوقهم , مثل ما هو معمول به في مصر و بالأخص في فرنسا .

## الفرع الثاني
## القائمة المؤقتة لتوزيع حصيلة التنفيذ

يسعى كل دائن لاستيفاء حقه بالإنفراد بحصيلة التنفيذ حتى يتمكن من الحصول على كامل دينه ويفترض في توزيع حصيلة التنفيذ عادة تعدد الدائنين من ناحية , و من ناحية أخرى عدم كفاية حصيلة التنفيذ , الأمر الذي يستوجب وضع قواعد تنضم هذا التزاحم بما يضمن توزيعا لحصيلة التنفيذ تحقيقا لأكبر قدر من العدالة , و مراعاة لطبيعة الدائن إذا كان دائنا عاديا أو دائنا ممتازا أو يكفل استيفاء دينه تأمينا خاصا .

---

(1)- voir Claude Brenner, op-cit, p 236 - 236.

إن عدم كفاية حصيلة التنفيذ يترتب عليه , أن تنتقل مهمة التوزيع إلى القضاء فهو الأقدر على قول كلمة القانون و تحقيق العدالة , و قد نصت المادة 793 ق.إ.م.إ , على وجوب إيداع المحضر القضائي أو محافظ البيع المبالغ المحصلة بكتابة ضبط المحكمة , و هو نفس الإجراء الذي تضمنته المادة 471 من قانون المرافعات المصري , بينما يختلف الأمر بالنسبة للتشريع الفرنسي إذ تكون الأموال عادة مودعة بصندوق الودائع و الإيداع .

و عليه يتولى القضاء في كل من الجزائر و مصر إعداد قائمة مؤقتة لتوزيع حصيلة التنفيذ , بينما في فرنسا يتولى الدائن المباشر للإجراءات و بواسطة وكيله المحامي بإعداد قائمة توزيع و عرضها على بقية الدائنين للموافقة عليها أو الاعتراض عليها خلال مهلة 15 يوما , و من خلال هذا سنحاول التطرق إلى الأحكام المتعلقة بالقائمة المؤقتة , و الإجراءات المعتمدة لتصبح نهائية .

**أولا : إعداد مشروع قسمة الأموال حصيلة التنفيذ ( القائمة المؤقتة ) :** لقد أشرنا إلى أن تعدد الدائنين و عدم كفاية الأموال حصيلة التنفيذ , يترتب عليه إيداع هذه الأموال في خزانة المحكمة التي جرى في دائرة اختصاصها التنفيذ , و بعدها يقوم رئيس أمانة الضبط بإخطار رئيس المحكمة من أجل توزيع المبالغ المحصلة من التنفيذ , وهذا ما نصت عليه المادة 2/792 ق.إ.م.إ : " في هذه الحالة يقوم رئيس أمانة الضبط بإخطار رئيس المحكمة كتابيا من أجل توزيع المبالغ المحصلة من التنفيذ " ونفس الحكم نجده في التشريع المصري , إذ نصت المادة 473 على : " إذا لم تكفي حصيلة التنفيذ للوفاء بحقوق الحاجزين , و من اعتبر طرفا في الإجراءات , و لم يتفقوا و المدين الحائز على توزيعها بينهم خلال الخمسة عشر يوما التالية ليوم ايداع هذه الحصيلة خزانة المحكمة قلم كتابها بعرض الأمر على قاضي التنفيذ خلال ثلاثة أيام ليجري توزيع حصيلة التنفيذ وفقا للأوضاع الآتية " .

وبعده يتولى رئيس المحكمة بإعداد قائمة مؤقتة خلال 15 يوما من تاريخ الإخطار , و يأمر بإيداعها أمانة ضبط المحكمة , و تعليق نسخة منها بلوحة إعلانات المحكمة لمدة ثلاثين يوما , حتى يتمكن أطراف التنفيذ من الإطلاع عليها , و من ثم يقوم كل دائن بيده سند تنفيذي خلال 10 أيام من تاريخ انتهاء مهلة التبليغ بقيد اسمه مع بقية الدائنين , تحت طائلة سقوط حقه في التوزيع وفقا للفقرة الثانية من المادة 795 ق.إ.م.إ , و بينما يختلف الأمر في القانون المصري إذ بعد إخطار قاضي التنفيذ من طرف قلم كتاب المحكمة , يتولى قاضي التنفيذ إعداد قائمة مؤقتة تودع بقلم كتاب المحكمة و بعدها مباشرة يتم استدعاء كل أطراف التنفيذ إلى جلية التسوية , و التي تحدد خلال مدة شهر التي تلي الإيداع و بميعاد 10 أيام قصد تمكين الأطراف من التسوية الودية , و يجري وفقا لنص المادة 474 من قانون المرافعات المصري .

و بالنسبة للتشريع الفرنسي , فقد أشرنا أن الدائن الحاجز الذي يتولى القيام بالإجراءات , يقوم عن طريق محاميه باقتراح مشروع قسمة , فإذا تم قبول هذا المقترح , أو لم تقدم الاعتراضات في الآجال القانونية , يصبح مشروع القسمة نهائي , و يحال على قاضي التنفيذ المختص إقليميا للمصادقة عليه و ليضفي عليه صفة السند التنفيذي [1].

**<u>ثانيا : جلسة التسوية الودية</u>** : يتولى المحضر القضائي بناءا على الطرف الذي يهمه التعجيل بتكليف الدائنين الحاجزين و الدائنين المتدخلين في الحجز لحضور جلسة التسوية الودية أما رئيس المحكمة , و في هذا الصدد نشير أن المشرع الجزائري لم يشر إلى تحديد جلسة التسوية الودية و لا إلى المواعيد الممنوحة للإطراف لدراسة مقترح القسمة , كما نلاحظ أن هذه الجلسة مقتصرة فقط على الدائنين الحاجزين و الدائنين المتدخلين في الحجز , دون حضور المدين و في اعتقادنا أن هذا الأمر غير مقبول فحضور المدين أمر ضروري في التسوية , و قد يؤدي حضوره إلى تفادي عدة اعتراضات أو حتى تقديم اعتراضات طالما أنه طرف في التنفيذ , و إن كان دوره سلبيا فهذا لا يعني إهدار حقه في إبداء اعتراضات أو على الأقل ملاحظات فيما يخص القائمة , و نجد في القانون المصري أنه يتم استدعاء المدين لحضور جلسة التسوية , و بالتالي حسنا ما فعل المشرع المصري لما سمح للمدين بحضور جلسة التسوية الودية , و منه كان على المشرع الجزائري أن يسمح بذلك , لأن حضور المدين قد يفيد القاضي في توضيح عدة أمور متعلقة بعملية التنفيذ .

**و في فرنسا** ففي حالة عدم وجود اتفاق ودي بين الدائنين الحاجزين , يحال الأموال على قاضي التنفيذ المختص لإجراء توزيع قضائي لحصيلة أموال التنفيذ , و يصدر قاضي التنفيذ حكما بقسمة الأموال المحصلة من التنفيذ بالإضافة إلى المصاريف كما يمكن له أن يتخذ أي إجراء أخر , كأن يشطب التأمينات التي قام بها المدين , أو أن يأمر بإجراء خبرة ما , و في كل الأحوال فقاضي التنفيذ يصدر حكما قابلا للتنفيذ خلال خمسة عشر يوما .

**<u>ثالثا : اختصاصات القاضي في جلسة التسوية</u>** : لقد نصت المادة 3/796–4 على : " في الجلسة المحددة يتحقق الرئيس من صفة الدائنين و صحة تكليف الأطراف بالحضور و صحة التوكيلات وصحة طلبات التسجيل , ثم يقرر من تثبت صفته في قائمة التوزيع و شطب من لم تثبت صفته .

---

(1) – للمزيد من التفصيل راجع الموقع الإلكتروني التالي :-http://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/procedure-saisie-immobiliere-distribution-prix-6466.htm

و إذا حضر الأطراف وحصل الاتفاق على قائمة التوزيع المؤقتة , بتسوية ودية أثبت الرئيس اتفاقهم في محضر يوقعه و أمين الضبط و الحاضرين , و يكون لهذا المحضر قوة السند التنفيذ " , وما يمكن قوله بالنسبة لاختصاصات رئيس المحكمة الذي يتولى سير جلسة التسوية الودية , أن دوره شكلي تصديقي , أي يقوم بالتحقق من صفة الدائنين , و صحة التكاليف , و التوكيلات و غيرها من الأمور الشكلية , و في تصورنا أنه كان من الأجدر أن يترك هذا الأمر لكاتب الضبط , و أن تمنح سلطات أوسع لرئيس الجلسة , مثل ما هو ممنوح لقاضي التنفيذ في مصر إذ يخول له القانون إذ يصح له أن يقوم بوضع توزيع أخر , أو تعيين خبير لتقدير أحاد ما بيع من العقارات جملة , و له أن يتخذ أي تدبير يقتضيه حسن سير الإجراءات , و هذا ما تضمنته المادة 475 بنصها : " في الجلسة المحددة للتسوية يتناقش ذوي الشأن المشار إليهم في المادة السابقة في القائمة المؤقتة , و يأمر القاضي بإثبات ملاحظاتهم في المحضر , و للقاضي السلطة التامة في تحقيق صحة الإعلانات و التوكيلات و قبول التدخل من كل ذي شأن لم يعلن أو يصح إعلانه , و ضم توزيع إلى أخر تعيين خبراء لتقدير ثمن أحاد ما بيع من العقارات جملة , و له فضلا عن ذلك اتخاذ أي تدبير يقتضيه حسن سير الإجراءات " .

**<u>رابعا : المصادقة على القائمة المؤقتة</u> :** يترتب على حضور الأطراف إلى جلسة التسوية الودية إما أن يتم الاتفاق على القائمة المؤقتة و في هذه الحالة يثبت الاتفاق في محضر يؤشر عليه رئيس المحكمة و كاتب الضبط و الحاضرين , و يكون لهذا المحضر قوة السند التنفيذي , و أما في حالة تغيب الدائنين تصبح القائمة المؤقتة نهاية , أما إذا تغيب دائن واحد فإنه يجوز توزيع المبالغ المحصلة من التنفيذ , و تحفظ حقوق هذا الأخير و في المقابل فإنه لا يجوز له إبداء أي اعتراض على القائمة على اعتبار أن حقه قد سقط بالغياب , وهذا وفقا للمادة 4/796 و المادة 797 من ق.إ.م.إ , و تقابل هذه المواد في القانون المصري المواد 476 و 477 , و تتضمن هذه المواد في القانون المصري تقريبا نفس الأحكام التي تضمنها القانون الجزائري مع اختلاف بسيط في بعض الجزئيات .

## الفرع الثالث

## القائمة النهائية لتوزيع حصيلة التنفيذ

قد يترتب أن يرفض أحد الدائنين مقترحات القسمة , و منه خول له القانون الحق في تقديم الاعتراض على مستوى رئيس المحكمة الذي ينظر في جلسة التسوية , وعلى هذا الأخير أن يفصل في هذا الاعتراض بموجب أمر في أجل ثمانية أيام , و يكون هذا الأمر قابل للاستئناف خلال عشرة أيام أمام رئيس المجلس القضائي ,على أن الاستئناف هنا مقرون بقيمة مالية أي يجب أن يتجاوز المبلغ المتنازع عليه 200.000 دج , و هذا وفقا للمادة 798 ق.إ.م.إ : " إذا لم تتم التسوية الودية , بسبب

اعتراض أحد الدائنين على قائمة التوزيع المؤقتة , يأمر الرئيس بتثبيت الاعتراض في محضر ويفصل فيه خلال ثمانية أيام .

– يجوز استئناف الأمر الصادر عن الاعتراض خلال عشرة (10) أيام , إذا كان المبلغ المتنازع عليه يزيد عن مائتي ألف دينار ( 200.000 دج ) .

– يجوز الاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي و يفصل فيه في أقرب الآجال" .

**و بالنسبة للتشريع المصري** ، فقد تضمنت المواد 479 – 480 –481–482 من قانون المرافعات المصري أحكام الطعن في مشروع القسمة و القائمة المعدة لذلك , و نشير فقط أن القانون المصري كان أكثر تنظيما من القانون الجزائري من حيث تنظيمه لإجراءات الاستئناف كتحديده آجال الاستئناف بعشرة أيام , و اختصام ذوي الشأن في الاستئناف الأمر الذي لم تتضمنه المادة 798 من ق.إ.م.إ .

و خلافا لما هو متعارف عليه في الفقه الإجرائي , أن للاستئناف أثر موقف في تنفيذ الحكم , إلا أن المشرع الجزائري خرج عن هذه القاعدة , و أقر بأن الإستئناف في أمر رئيس المحكمة بشأن فصله في الاعتراض المقدم من طرف أحد الدائنين الحاجزين , لا يترتب عليه وقف توزيع حصيلة التنفيذ , و قد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 798 ق.إ.م.إ على : " الاستئناف في الأمر ليس له أثر موقف و لا يمنع الرئيس من تسليم أوامر توزيع المبالغ المالية إلى مستحقيها من الدائنين , و عليه نلاحظ أن المشرع الجزائري حرص على تثبيت القائمة المؤقتة , و ذلك من خلال عدم منح الدائنين المتخلفين عن جلسة التسوية الودية إمكانية تأجيل الجلسة , و كذلك عدم منح للدائن المتخلف عن جلسة التسوية الودية الحق في تقديم اعتراض , و لم يقتصر عند هذا فحسب بل جعل استئناف الأمر الذي يصدره رئيس المحكمة مقرون بمبلغ محدد , فإذا ما نقص المبلغ المتنازع عنه عن 200.000 دج , فلا يحق للدائن الحاجز أن يقوم باستئناف الأمر , و في حالة ما إذا قام بذلك فإن استئنافه سيرفض لعدم استيفاء شرط شكلي لرفع الاستئناف .

و نحن بدورنا نرى أن المشرع قد قيد كثيرا من حقوق الدائنين الحاجزين , و منه نرى بضرورة إعطاء نوع من الحقوق سواء ما تعلق بحق الدائن في تقديم الاعتراضات , أو حق الدائنين في عقد جلسة في حالة تخلفهم عن الجلسة الأولى , بالإضافة إلى هذا نرى بضرورة وضع أحكام أكثر تفصيلا فيما يخص آجال الاستئناف , و ضرورة اختصام أطراف التنفيذ في جلسة الاستئناف , و في الأخير فإن الحلقة المفقودة في إجراءات القسمة هي المدين , إذ لم تشر المواد المتعلقة بتقسيم حصيلة التنفيذ إطلاقا إلى المدين في كل هذه الإجراءات , و بالتالي نرى حتى و إن خرج المال من يده و أصبح بين يدي القضاء إلا أنه يبقى للمدين دور كبير في توجيه إجراءات التنفيذ , كما نلاحظ أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لم يتطرق إلى طبيعة و نوع الدين إذا كان دائنا عاديا أو دائنا ممتازا وبالتالي على القاضي أن يراعي هذا الترتيب .

# خاتمة

و في خاتمة هذا البحث توصلنا إلى أن التنفيذ هو وسيلة و إجراء قانوني يهدف إلى إرغام المدين على الوفاء بالتزاماته , فإذا كان الأصل هو التطبيق التلقائي اليومي للقواعد القانونية الموضوعية إلا أنه قد يعترض سير هذا التنفيذ بما يسمى عوارض النظام القانوني و عندئذ يصعب توفير الحماية القانونية , إذ يجد الشخص نفسه أمام مبدأ لا يقتضي أحد حقه بنفسه وبالتالي لا مناص من حلول الحماية التنفيذية محل الحماية القانونية , و تتحقق هذه الحماية من خلال تدخل القضاء لإعمال القانون الإجرائي , و الذي يقرر صورة مختلفة تتعدد بتعدد عوارض النظام القانوني بما يقتضيه عنصر الملائمة.

و إذا كان التنفيذ الجبري هو مجموعة من القواعد الإجرائية التي تستهدف اقتضاء الدائن لحقه جبرا عن إرادة المدين , فإن مضمون النشاط المكون للعملية التنفيذية يختلف بحسب نوع الالتزام الذي يشكل جوهر الرابطة التي تجمع بين الدائن و المدين , و لا يعدو أن يتخذ هذا الالتزام صورة من الصور الثلاث فإما أن يكون التزاما بإعطاء شيء ما , أو التزام بعمل أو الامتناع عن عمل والحماية التنفيذية في هذه الصور تكون بتحقيق التنفيذ العيني .

و استخلصنا بأن غالبية الفقه و القضاء يتمسك بأولوية التنفيذ العيني للالتزامات , أي أنه على المدين أن ينفذ عين ما التزم به لأن ذلك هو ما انصرفت إرادة الأطراف المتعاقدة إليه , و لا يجوز إعطاء الخيار للمتعاقد بين تنفيذ الالتزام عينا أو تنفيذه بمقابل , لأن ذلك ر يحقق الغرض من التعاقد فالتعويض هو استثناء و لا يكون إلا عندما يكون هناك إخلال بالعقد من قبل أحد المتعاقدين .

و عليه فإذا كان الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل فإن تنفيذه يكون بقيام المدين نفسه بالعمل أو الامتناع عنه , فإذا أخل المدين بهذا الأمر , تلجأ الدائن إلى القضاء بطلب الحماية التنفيذية لإرغام المدين على التنفيذ , و على اعتبار أن القانون يمنع استعمال الإكراه و القوة لجبر المدين القيام بعمل ولما كان هذا العمل قائم على الاعتبار الشخصي للمدين , فلا مجال لإرغامه على ذلك , و من هنا يتم اللجوء إلى صور أخرى للحماية التنفيذية كأن يتم التنفيذ على نفقة المدين , أو إزالة ما تم مخالفا للاتفاق أو أن يقوم الحكم القضائي مقام التنفيذ , بالإضافة إلى ما يقرره القانون من وسائل غير مباشرة لجبر المدين على التنفيذ , كتقرير الغرامة التهديدية أو الشرط الجزائي , و في هذه الصور من صور الحماية التنفيذية لا تثور فكرة الحجز لأنه لا يقتضيه طبيعة الالتزام .

و أما إذا كان محل الالتزام هو إعطاء شيء , ففي هذه الحالة يمكن الالتجاء إلى تحقيق التنفيذ العيني و إن اقتضى الأمر استعمال القوة الجبرية طالما أنه ليس هناك ما يمس بشخص المدين , و أما إذا كان محل الالتزام هو إعطاء مبلغ من المال , فإن تنفيذ هذا الالتزام و إن لم يتم طواعية , فإنه يتم جبرا ولا سبيل إلى ذلك إلا بطريق الحجز على أموال المدين , و بيعها بالمزاد العلني ليستوفي حقه من ثمنها وهذا النوع من التنفيذ يسمى التنفيذ بالحجز و نزع الملكية .

و التنفيذ بالحجز و نزع الملكية لا يستغرق كل العملية التنفيذية , فهو حقيقة جوهر الحماية التنفيذية و مرحلة ضرورية منه , إلا أنه تعقبه في أغلب الأحيان مراحل لا تقل أهمية عنه من أجل الوصول إلى تحقيق الهدف من الحماية التنفيذية , إذ يعقب الحجز مرحلة البيع الجبري , و مرحلة تصفية العملية التنفيذية و هي توزيع حصيلة التنفيذ , و هذه هي المراحل التي تتحقق بها الحماية التنفيذية .

و أغلب التشريعات اهتمت بتنظيم مسألة تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية و السندات الرسمية الأخرى الوطنية منها والأجنبية و من هذه التشريعات التشريع الجزائري على غرار التشريع المصري و التشريع الفرنسي , و لما كان التشريع الجزائري في مرحلة تحول و تعديل في المنظومة القانونية فكان من الضروري أن يتم تعديل قانون الإجراءات المدنية القديم إذ أن ما يقارب 43 سنة من التطبيق فهي أكثر من كافية لتحديد مكامن الضعف و القصور في أحكام التنفيذ في الجزائر , و لعل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لسنة 2008 جاء ليصحح الخلل في المنظومة القانونية التي تعني بالتنفيذ , و منه ارتأينا أن نبادر إلى دراسة هذا القانون للوصول إلى تقييمه و معرفة مدى فعالية أحكام التنفيذ في القانون الجديد , و قد اعتمدنا في هذه الدراسة على الدراسة التحليلية المقارنة حتى نتمكن من تحديد مكان القوة و الضعف إن صح التعبير في هذا القانون .

**و من خلال هذه الدراسة توصلنا إلى الملاحظات الإيجابية التالية :**

– تضمن القانون الجزائري في القانون المدني و كذلك قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أغلب القواعد التي تنظم عملية التنفيذ الجبري , و هذا يعد شيئا إيجابيا , و بالتالي نجد أن القانون المدني الجزائري تضمن تنظيم أحكام التنفيذ العيني للالتزام , بينما تولى قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنظيم مختلف الصور للتنفيذ بمقابل .

– نظم المشرع الجزائري كافة صور الحجوز , سواء منها ما تعلق بالحجوز التحفظية و في هذا الشأن فقد تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصورة العامة للحجز التحفظي , بالإضافة إلى إدراج الحجز التحفظي على العقار , كما تم إدراج صور جديدة للحجوز التحفظية , كالحجز على الحقوق التجارية و الصناعية , و بالمقابل نجد أن المشرع الجزائري قد ألغى صورا أخرى , و التي أثبت الواقع

العملي عدم فعاليتها , أو عدم ملائمتها و طبيعة المجتمع الجزائري , فعلى سبيل المثال ألغى المشرع الجزائري الحجز التحفظي على تجارة المدين , أو الحجز التحفظي بقيد رهن قضائي على عقارات المدين.

– تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بعض الأحكام التي لم يتضمنها القانون القديم فعلى سبيل المثال نظم المشرع الجزائري أحكام العرض و الوفاء , و هذا حتى يتفادى المدين توقيع الحجز على أمواله , و من بين الأحكام الجديدة التي جاء بها المشرع الجزائري تنظيمه لأهلية كل من الدائن الحاجز و المدين المحجوز عليه , و تحديد الإجراءات المتبعة في حالة ما إذا طرأ عارض من العوارض التي تصيب أهلية أحد الأطراف , بالإضافة إلى هذا فقد تضمن القانون الجديد أحكاما تتعلق بالتنفيذ على المدين الغائب أو المحبوس , و كيفية البحث عن أموال المدين , و كذلك تحديد أوقات التنفيذ .
– و في مجال الحجز التنفيذي على المنقول , استحدث المشرع الجزائري أحكاما جديدة تنظم حجوز وبيع السندات التجارية و القيم المنقولة و هذا تماشيا مع النصوص القانونية التنفيذية الأخرى و مع الوضع الاقتصادي المنتهج في الجزائر على اعتبار أن الجزائر انتقلت من نظام اقتصادي موجه إلى اقتصاد حر و هي تسعى إلى الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة , و منه فمن الضروري أن تستجيب المنظومة القانونية إلى شروط و متطلبات هذه المنظمة .

– حرص المشرع الجزائري على تبسيط أحكام إجراءات الحجز التنفيذي على عقارات المدين وإعطائه اهتمام أكثر على ما كان عليه , و بالتالي فقد أدرجت أحكام أكثر تفصيلا , سواء ما تعلق من بالتبليغ الرسمي لأمر الحجز , و كيفية قيده بالمحافظة العقارية , أو ما تعلق منها بقائمة شروط البيع , و كذا جلسة البيوع بالمزاد العلني , كما أدرج المشرع الجزائري صورة جديدة للحجز التنفيذي على العقار إذ نص على إمكانية الحجز على العقارات غير المشهرة , بعد أن كان قانون الإجراءات المدنية القديم لم يتضمن تنظيم هذا النوع من الحجوز التحفظية .

– إدراج أنواع جديدة من البيوع العقارية كبيع عقار المفقود و ناقص الأهلية و المفلس , و كذلك البيوع العقارية المملوكة على الشيوع , و هذه الأحكام و غيرها من الأحكام لم يتضمنها قانون الإجراءات المدنية القديم , و بهذا يكون المشرع الجزائري قد سد الفراغ القانوني الذي ميز أحكام المنظمة للحجوز التنفيذية سواء على المنقول أو على العقار .

والغاية من أي دراسة أو بحث علمي هي الوصول إلى تحديد النقائص و الثغرات الموجودة في القانون , و انطلاقا من فكرة أن القانون هو عمل إنساني , و أن كل عمل إنساني غير منزه عن الخطأ و النقص , و النسيان , و من خلال هذه الدراسة توصلنا إلى بعض النقائص التي **تضمنها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية , و يمكننا أن نجملها كالأتي :**

1- عدم ورود نصوص قانونية كافية في التشريع الجزائري تنظم أحكام التنفيذ العيني , إذ رغم أهمية التنفيذ العيني في مجال النظرية العامة للتنفيذ القضائي فنجد أن المشرع الجزائري لم يوليه الاهتمام الكافي و إن كان تصور المشرع الجزائري بأن القانون الموضوعي هو الذي يتولى تنظيم هذا النوع من التنفيذ فهذا أمر غير صحيح , إذ أن التنفيذ العيني من صميم مواضيع القانون الإجرائي , و هو لا يقل أهمية عن التنفيذ بمقابل .

2- خلو قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد 08-09 الصادر بتاريخ 25 فبراير 2008 من أحكام تنظم الإخلاء , و إن كان ما يجري عليه العمل هو استعارة الأحكام من قواعد الحجز التنفيذي وفي اعتقادنا أن هذا لا يبرر عدم إدراج نصوص قانونية تنظم هذا النوع من التنفيذ , و بالتالي نرى ضرورة إدراج أحكام متعلقة بتنفيذ أحكام الإخلاء و الطرد , إقتداء بالمشرع الفرنسي الذي أدرج هذه الأحكام سنة 1991 .

3- إدراج صور جديدة للحجوز سواء ضمن الحجوز التحفظية أو الحجوز التنفيذية , دون أن ينظمها المشرع الجزائري بأحكام تفصيلية , فعلى سبيل المثال أباح المشرع الجزائري الحجز التحفظي على عقارات المدين , و قد خصها المشرع الجزائري بمادة واحدة , و في اعتقادنا أن هذا غير كافي.

4- تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنواع جديدة من الحجوز , و منها الحجز التحفظي على عينة من السلع المغشوشة , و في رأينا الشخصي أن هذا النوع من الحجوز لا ينسجم و طبيعة الحجوز الأخرى , و بالتالي فنعتقد أنه من الأحسن أن تلغى هذا النوع من الحجوز التحفظية , و يدرج في نصوص قانونية أخرى مثل , القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش .

**و من خلال ما تم عرضه ارتأينا إدراج بعض المقترحات التي رأينا بأنها ستساهم في تطوير قواعد و أحكام التنفيذ في القانون الجزائري ندرجها فيما يلي :**

**1** - ضرورة استحداث قاضي التنفيذ توكل إليه الإشراف على عملية التنفيذ , و إن كان هذا الأمر منوط برئيس المحكمة , إلا أن هذا الأخير لا يشرف عليه بصفة حصرية , بل يتولاه باعتباره قاضي الأمور المستعجلة , و بالتالي فإن الأمر لن يكون كذلك إذا ما تم استحداث قاضي التنفيذ يتولى فقط الإشراف على عملية التنفيذ , و كذلك تولي عملية البيع القضائي و توزيع حصيلة التنفيذ .

**2** - ضرورة إدراج نصوص قانونية كافية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تعني بتنظيم أحكام التنفيذ العيني , على اعتبار أن النصوص القانونية الحالية غير كافية , و هي قليلة بالمقارنة مع النصوص القانونية التي تنظم الحجوز .

**3** – ضرورة ضبط بعض أحكام التنفيذ الجبري بما يتماشى مع طبيعة المجتمع الجزائري , و كذلك الأخذ بعين الاعتبار المتغيرات الجديدة في العالم , ففكرة العولمة أثرت في كل شيء و بطبيعة الحال فإن أحكام التنفيذ ليست بمنأى عن هذا الأمر و كما سبق ذكره فإن تحرير التجارة , و السماح بتنقل الأموال و الاستثمارات يجب أن تصاحبها ضمانات قانونية تحقق حماية قانونية لهذه الأموال , وبالتالي فإن فعالية أحكام التنفيذ أمر ضروري لجلب الاستثمار الأجنبي , فكما يقال أن المال الأجنبي جبان ولن يقبل المستثمرون الأجانب إلى إذا تحققوا و تأكدوا بوجود ضمانات قانونية كافية لحماية استثماراتهم ولا شك في أن طرق التنفيذ تحقق نوع من الحماية القانونية لهذه الأموال .

**4** – تبني بعض الأحكام القانونية المتعلقة بالتنفيذ الجبري , من القانون الجزائر العربي الاسترشادي للإجراءات المدنية , و الذي تم اعتماده كقانون نموذجي بجامعة الدول العربية , و قد تضمن هذا القانون أحكاما دقيقة تتعلق بالتنفيذ على وجه الخصوص .

**5** – تسهيل إجراءات الحصول على تسخير القوة العمومية , على ما هو عليه الآن ذلك أن الرجوع إلى النيابة العامة ممثلة في شخص وكيل الجمهورية لطلب تسخير القوة العمومية من شأنه أن يهدر الوقت و يعطل عملية التنفيذ , و قد يستغل المدين الفرصة ليقوم بإخفاء أمواله , و بالتالي نرى أن يخول للمحضر القضائي الاستعانة بالقوة العمومية بطريقة سريعة على أن يقدم تقريرا فيما بعد إلى وكيل الجمهورية أو رئيس المحكمة .

**6** – إدراج نصوص قانونية تخول للمدين المحجوز عليه القيام بالبيع الاختياري للأموال المحجوزة مثل ما هو مسموح به في التشريع الفرنسي , ذلك أن منح هذا الخيار للمدين قد يمنحه فرصة بيع عقاره بأعلى الأثمان , و بالتالي يستطيع الوفاء بديونه , و نرى منح هذا الخيار للمدين يكون تحت موافقة القضاء حتى يراقب حسن سير هذه العملية بما يحقق الأهداف من ورائها .

**7** – إدراج نصوصا قانونية تنظم عملية الإخلاء و الطرد , إذ يخلو قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أحكام تنظم سير هذه العملية , و بالتالي سد الفراغ القانوني و هذا على غرار ما قام به المشرع الفرنسي , إذ قام بإدراج أحكام الإخلاء و الطرد مع النصوص القانونية المتعلقة بالتنفيذ الجبري وعلى سبيل المثال تبني نص المادة 663 من قانون الجزائر العربي الاسترشادي للإجراءات المدنية , إذ نصت المادة على : " في حالة التنفيذ بإخلاء عقار , على القائم بالتنفيذ أن يمكن طالب التنفيذ أو من ينوب عنه من حيازة العقار و تسليمه خاليا من الشواغل , و عليه أن يتخذ الإجراءات الضرورية للمحافظة على المنقولات الموجودة بالعقار , و ذلك بتعيين حارس عليها في المكان نفسه بموافقة الطالب , أو بنقلها إلى مكان آخر .

و إذا كانت المنقولات محجوزا عليها , أو تحت الحراسة يمتنع القائم بالتنفيذ تسليمها لطالب التنفيذ ويجب عليه أن يخبر الدائن الحاجز , و قاضي التنفيذ لاتخاذ ما يراه مناسبا " .

**8** – تذهب بعض التشريعات إلى تنظيم أحكام التنفيذ الجبري في نصوص قانونية مستقلة , و نحن نميل إلى تأييد هذا الاتجاه , ذلك أن أحكام التنفيذ أصبحت تشكل منظومة قانونية قائمة بذاتها , وبالتالي آن الأوان إن يتم جمعها و ضبطها في تقنين مستقل , و في رأي أن هذا الأمر يعزز من مكانة أحكام التنفيذ في الدراسات القانونية و بالتالي ستلفت انتباه الباحثين إليها فتعزز أكثر و أكثر البحوث والدراسات القانونية في هذا المجال .

**9** – ضرورة الاستنجاد بأحكام الشريعة الإسلامية لاستنباط بعض الأحكام التشريعية في مجال التنفيذ فنظرتنا إلى طرق التنفيذ هي نظرة غربية , و نحن لا ننكر فضل إسهامات الفقهاء الغربيين في ضبط أحكام التنفيذ الجبري , فنظرة الشريعة الإسلامية نظرة سمحة في اقتضاء الحقوق , و هذا انطلاقا من قول رسول الله صلى الله عليه و سلم : " رحم الله امرء سمحا إذا باع , سمحا إذا اشترى سمحا إذا قضى سمحا إذا اقتضى ", و كذلك عملا بقول الله عز وجل : " و إن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " , و هذا تصور عام تبنى عليه النظرية العامة للتنفيذ القضائي و بالإضافة إلى الأحكام الأخرى التي تؤدي إلى تحقيق التنفيذ العيني .

**10** – إن مسألة التنفيذ الجبري لم يعد ينظر إليها بأنها مشكلة ثنائية قائمة بين الدائن و المدين , بل تغيرت النظرة إلى مسألة التنفيذ الجبري , إذ أصبح هذا الأمر يشكل حقا من حقوق الإنسان الأساسية في إطار ما يسمى بالحق في المحاكمة العادلة , و بالتالي فإن تمكين الدائن من اقتضاء حقه هو تجسيد لحق من حقوقه الأساسية , و في نفس هذا الإطار كذلك فإن عدم تمكن هذا الأخير من تنفيذ حكمه يترتب عليه قيام مسئولية الدولة باعتبار أن التنفيذ هو اختصاص من اختصاصات السلطة العامة وبالتالي فإن عدم تمكن الدائن من الوصول إلى تنفيذ حكمه القضائي , يعني إما عدم فعالية النصوص القانونية , أو عدم فعالية الوسائل القانونية لتحقيق التنفيذ , و في كلا الحالتين فإن مسؤولية الدولة قائمة و التقصير ثابت في حقها , و على هذا الأساس نرى بضرورة إشراك الدولة في هذه العلاقة , فلا يكفي لها أن تضع أحكام قانونية متعلقة بالتنفيذ , و أن تضع الوسائل القانونية لتحقيق ذلك , فهي مطالبة بالوصول إلى تحقيق و تجسيد الحماية التنفيذية , إذ أن التزامها في هذا الشأن هو التزام بتحقيق نتيجة و ليس ببذل عناية , و لعلنا نأخذ العبرة من الأحكام الصادرة عن محكمة حقوق الإنسان الأوروبية التي أقرت بمسؤولية الدولة الإيطالية عن عدم تنفيذ حكم قضائي .

# قائمة المراجع المعتمدة

## أولا : باللغة العربية

### 1 – الكتب و المؤلفات المتخصصة


**1** – أحمد خليفة شرقاوي أحمد , القوة التنفيذية للمحررات الموثقة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي دار الجامعة الجديدة القاهرة , طبعة 2007 .

**2** – أحمد خلاصي , قواعد و إجراءات التنفيذ الجبري وفقا لقانون الإجراءات المدنية والتشريعات المرتبطة به , منشورات عشاش الجزائر , طبعة 1999 .

**3**– د أحمد خليل , التنفيذ الجبري , الطبعة الأولى , منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان , 2003 .

**4**– د أحمد ماهر زغلول , آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها , قاعدة إعادة الحالة إلى ما كانت عليه الطبعة الثانية , دار الجامعة الجديدة , القاهرة , 1992 طبعة .

**5**– د أحمد محمد محشيش , نظرية القوة التنفيذية لسند التنفيذ , دار الفكر الجامعي مصر , طبعة 2002 .

**6**– د أحمد هنيدي , أصول التنفيذ , دار الجامعة للطباعة و النشر , الإسكندرية , طبعة 1993 .

7– د الأنصاري حسن النيداني , التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية , دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية , طبعة 2001 .

8 – د الأنصاري حسن النيداني , الأعمال الولائية في التنفيذ الجبري بين قاضي التنفيذ و إدارة التنفيذ دار الجامعة الجديدة الإسكندرية , طبعة 2009 .

**9 –** د العربي الشحط عبد القادر و نبيل صقر , طرق التنفيذ , دار الهدى ، الجزائر , طبعة 2007.

**10** – د إسكندر سعد زغلول , قاضي التنفيذ علما و عملا , الطبعة الأولى , دار الفكر العربي القاهرة طبعة 1974 .

**11** – د بربارة عبد الرحمان , طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية و الجزائية وفقا للتشريع الجزائري منشورات بغدادي , الجزائر , 2009 .

**12** – بخيت محمد بخيت علي , الغرامة التهديدية أمام القضاء المدني , الجوانب الموضوعية والإجرائية دراسة تحليلية مقارنة في فكرة الحكم التهديدي , دار الجامعة الجديدة , مصر 2008 .

**13**– د طلعت دويدار , النظرية العامة للتنفيذ القضائي , الطبعة الأولى , منشورات الحلبي الحقوقية لبنان , 2008 .

**14**– عباس العبودي , شرح أحكام قانون التنفيذ , دار الثقافة للنشر و التوزيع , الأردن , طبعة 2005 .

**15** – عبد العزيز خليل إبراهيم بداوي , الوجيز في قواعد و إجراءات التنفيذ الجبري و التحفظ في قانون المرافعات بالمقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية , الطبعة الأولى , دار الفكر العربي , القاهرة 1973– 1974 .

**16** – عمارة بلغيث , التنفيذ الجبري و إشكالاته , دار العلوم للنشر و التوزيع , الجزائر , طبعة 2004 .

**17**– د عادل جبري محمد حبيب , التنفيذ العيني للالتزامات العقدية , دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة دار الفكر العربي , القاهرة , طبعة 2004 .

**18** – د فتحي والي , التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المرافعات الجديدة , دار النهضة العربية القاهرة طبعة 1971 .

**19** – د منصور محمد أحمد ، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادر ضد الإدارة ، دار الجامعة الجديدة للنشر القاهرة ، طبعة 2002 .

**20** – د محمد فهد الشقفة , التدابير التحفظية في ضوء القانون و الاجتهاد , طباعة مؤسسة النوري دمشق طبعة 1996 .

**21** – د محمد حسنين ، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري , ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر , 1996 .

**22**– د مصطفى المتولي قنديل , النظام القانوني للإشراف على إجراءات التنفيذ الجبري بين قاضي التنفيذ و إدارة التنفيذ , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , طبعة 2009 .

**23**– د نبيل إسماعيل عمر , الوسيط في التنفيذ الجبري للأحكام , دار الجامعة الجديدة للنشر مصر 2000 .

**24** – د نبيل إسماعيل عمر , أحمد هنيدي , أحمد خليل , التنفيذ الجبري , دار الجامعة الجديدة الإسكندرية , طبعة 2004 .

## 2 – الكتب و المؤلفات العامة

**1** – ابن عابدين , حاشية رد المحتار على الدر المختار , شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام الحنفي الطبعة الثانية , سنة 1482 , الجزء السادس , دار الفكر للطباعة و النشر بيروت , طبعة 2000 .

**2** – د أحمد شوقي محمد عبد الرحمان , النظرية العامة للالتزامات , أحكام الالتزام و الإثبات منشأة المعارف الإسكندرية , طبعة 1984 .

**3** – اعمر يحياوي , منازعات أملاك الدولة , دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع , الجزائر طبعة 2004 .

**4** – د الناصر العطار , نظرية الأجل في الإلتزام في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية مطبعة السعادة القاهرة , 1978 .

**5** – الشيخ علي الخفيف , الضمان في الفقه الإسلامي , قسم البحوث معهد الدراسات العربية العليا لجامعة الدول العربية , القاهرة , سنة 1972 .

**6** – د الغوتي بن ملحة , القانون القضائي الجزائري , الطبعة الثانية , ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر, 1989 .

**7** – د الياس ناصف , موسوعة العقود المدنية و التجارية , الجزء الخامس ، تنفيذ العقد , الطبعة الأولى دار الحكمة للنشر , القاهرة , طبعة 2002 .

**8** – د أمينة النمر , أوامر الأداء في مصر و الدول العربية و الأجنبية , الطبعة الثالثة , الدار الجامعية للطباعة و النشر مصر , طبعة 1975 .

9 – د أنور سلطان , النظرية العامة للالتزام , أحكام الالتزام , دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية طبعة 2005 .

10 – د نبيل إبراهيم سعد , النظرية العامة الالتزام , أحكام الالتزام , دار الجامعة الجديدة , بيروت طبعة 2009 .

**11** – بوبشير محند أمقران , النظام القضائي الجزائري , الطبعة الثانية , ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر , طبعة 1993.

**12** – د حسن علي الذنون و د محمد سعيد الرحو , الوجيز في النظرية العامة للالتزام , الجزء الثاني أحكام الالتزام , الطبعة الأولى , دار وائل للنشر , الأردن , طبعة 2004.

**13** – حسنى محمد جاد الرب , التعويض الإتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه , دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوصفي , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , طبعة 2006 .

**14** – أ دربال عبد الرزاق , الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري , دار العلوم للنشر و التوزيع , الجزائر ، طبعة 1992 .

**15** – د رمضان أبو السعود , أحكام الالتزام , دار المطبوعات الجامعية , الإسكندرية , طبعة 2006.

**16** – د رفعت فخري , الوجيز في قانون التجارة البحرية المصري الجديد , الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1992 .

**17** – د سليمان بن تركي التركي , بيع التقسيط و أحكامه , دار اشبيليا , السعودية ، سنة 2010.

**18** – د سمير عبد السيد تناغو , أحكام الالتزام و الإثبات , مكتبة الوفاء القانونية , الإسكندرية طبعة 2009 .

**19** – د سليمان مرقس , موجز أصول الالتزامات , دار النشر للجامعات المصرية , القاهرة 1961.

20 – د عبد الرحمان البزاز , الموجز في تاريخ القانون , دار دجلة للطباعة و النشر , بغداد طبعة 1948.

**21** – د طاهري زكريا , شرح وجيز في قانون الإجراءات المدنية , الطبعة الأولى , المنشورات القانونية الجزائر , طبعة 1991 .

**22** – د عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة , الوجيز في شرح القانون المدني الأردني آثار الحق الشخصي , أحكام الالتزام , الطبعة الأولى , دار وائل للنشر و التوزيع , الأردن , طبعة 2009 .

**23** – د عبد الرزاق السنهوري :

– الوسيط في شرح القانون المدني , المسؤولية الناشئة عن الأشياء وعن الحيوان , نظرية الإلتزام الجزء الأول , الإسكندرية , طبعة 1964 .

– الوسيط في شرح القانون المدني , مجلد العقود الواردة على الانتفاع بالشيء , الإيجار والعارية الطبعة الأولى , دار النشر للجامعات المصرية , 1960 .

– الوسيط في شرح القانون المدني , الجزء الثاني , نظرية الالتزام بوجه عام , منشأة المعارف الإسكندرية , 2004 .

24– د عبد الحميد المنشاوي , التعليق على قانون المرافعات , دار المطبوعات الجامعية القاهرة طبعة 2008 .

25 – عمر بن سعيد , الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني , دار الهدى للنشر , الجزائر طبعة 2004 .

26 – د عبد الحي حجازي , النظرية العامة للالتزام , دار النهضة العربية مصر , سنة 1967.

27 – د محمد شتا أبو سعد , التعويض القضائي و الشرط الجزائي و الفوائد القانونية , دار الجامعة الجديدة للنشر , الإسكندرية , طبعة 2001 .

28 – محمد صبحي نجم , شرح قانون العقوبات الجزائري ( القسم الخاص ) , ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر , طبعة 2000 .

29 – د محمد صبري السعدي , النظرية العامة للالتزامات , دراسة مقارنة في القوانين العربية دار الكتاب الحديث , الجزائر , طبعة 2004 .

30 – د منذر الفضل , النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني , دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية و الوضعية , دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن , طبعة 1998.

31 – د محمد جابر دوري , مسؤولية المقاول و المهندس في مقاولات البناء و المنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل , دار المأمون للنشر بغداد , 1975.

32 – د محمد حسنين منصور , النظرية العامة للالتزام , أحكام الالتزام , دار الجامعة الجديدة للنشر مصر , طبعة 2006 .

33 – د محمود جمال الدين زكي , الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري مطبعة جامعة القاهرة , مصر , سنة 1978 .

34 – د نادية فضيل , الأوراق التجارية في القانون الجزائري , دار هومه للطباعة و النشر والتوزيع الجزائر , طبعة 2005 .

35 – د هدى عبد الله , دروس في القانون المدني , الجزء الثاني , العقد , الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقي , لبنان , طبعة 2008 .

**3 – الرسائل**

**1** – عبد المحسن سعد الرويشد , الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي , رسالة دكتوراه , جامعة القاهرة 1983 .

**2** – بن شنيتي حميد , التهديد المالي في القانون الجزائري , دراسة مقارنة , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة الجزائر , 1983 .

**3**– نجاري عبد الله , الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري , دراسة مقارنة , رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية , كلية الحقوق , جامعة الجزائر , سنة 1983.

**4** – بربارة عبد الرحمان , الحماية الجزائية للأملاك العقارية الخاصة , رسالة ماجستير في الحقوق جامعة البليدة , كلية الحقوق , السنة 1999 – 2000 .

**5**– حطاب زينب , التنفيذ العيني في القانون الجزائري , رسالة ماجستير , كلية الحقوق جامعة الجزائر سنة 2000–2001.

**6** – العربي مجيدي , نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة – دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون , رسالة ماجستير في الشريعة و القانون , كلية أصول الدين , جامعة الجزائر 2001–2002 .

**7** – زرقاط عيسى , إجراءات التنفيذ على العقار في التشريع الجزائري , رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية , كلية الحقوق , جامعة الجزائر , سنة 2002–2003 .

**8**– عبد الرحمان مجوبي , التعسف في استعمال الحق و علاقته بالمسؤولية المدنية , رسالة ماجستير جامعة الجزائر , 2005 .

**9** – القروي بشير سرحان , إجراءات الحجز في التشريع الجزائري , رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية , كلية الحقوق , بجامعة الجزائر بن عكنون , بدون سنة .

## 4 – المقالات

**1** – مباركي التهامي , مقال تحت عنوان إجراءات تنفيذ قرارات التحكيم التجارية الدولية الأجنبية بالجزائر , مقال منشور في مجلة المحضر القضائي , عدد خاص , جوان 2008 .

**2** – علي بداوي , بحث بعنوان الحجز التحفظي , مقال منشور في المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا , العدد الأول سنة 1996 , الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر , طبعة 1998.

**3** – بلعياطي جمال , مقال بعنوان إشهار الأحكام القضائية بالمحافظة العقارية , الملتقى المنظم من طرف الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين و الغرفة الجهوية للمحضرين القضائيين للشرق قسنطينة 05 ديسمبر 2009 .

**4** – بن هدنة نور الدين , مقال بعنوان صلاحيات المحضر القضائي في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية , مداخلة ألقيت على هامش ملتقى الجزائر , يومي 17 و 18 جانفي 2009 .

**5** – علاوة بوتغرار , مقال بعنوان أحكام بعض البيوع العقارية الخاصة على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية و القوانين الأخرى , ملتقى قسنطينة حول إجراءات الحجز التنفيذي على العقارات و الحقوق العينية العقارية المشهرة و غير المشهرة , قسنطينة , 05 ديسمبر 2009 .

**6 –** بوسماحة , تطور مهنة المحضر القضائي في الجزائر , مقال منشور في مجلة المحضر القضائي تصدر عن الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين , عدد خاص , جوان 2008 .

**7** – راشدي مراد , الإجراءات الممهدة للبيع بالمزاد العلني , ملتقى من إعداد الغرفة الجهوية للمحضرين القضائيين , ناحية الشرق , بعنوان إجراءات الحجز التنفيذي على العقارات و الحقوق العينية العقارية المشهرة و غير المشهرة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية , قسنطينة 2009.

**8** – د . ليلى زروقي , المجلة القضائية , العدد الثاني , سنة 1997 .

**9** – د . إبراهيم شاشو , المقاولة في الفقه الإسلامي , كلية الشريعة بجامعة دمشق , منشورة بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية , المجلد 26 , العدد الثاني 2010 .

**10**– بدوي عبد العزيز , مقال بعنوان إجراءات بيع العقار , ملتقى قسنطينة حول إجراءات الحجز التنفيذي على العقارات و الحقوق العينية العقارية المشهرة و غير المشهرة , قسنطينة , 05 ديسمبر 2009 .

**11** – د. بهجت هبد الله قايد , الحجز التحفظي على السفن , بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد العدد 58 , مطبعة جامعة القاهرة , سنة 1988 .

**12**– مباركية عبد الله و راشدي مراد , مقال بعنوان قائمة الشروط النموذجية , ملتقى قسنطينة حول إجراءات الحجز التنفيذي على العقارات و الحقوق العينية العقارية المشهرة و غير المشهرة قسنطينة 05 ديسمبر 2009 .

## **5 – <u>قوانين ، أوامر ، مراسيم</u>**

### **أ– <u>قوانين ، أوامر ، مراسيم وطنية</u>**

**1 –** الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 جويلية 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

**2 –** الأمر رقم 66–155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 جويلية 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم .

**3 –** القانون المدني الجزائري رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم .

**4–** القانون التجاري الجزائري رقم 75–59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم .

**5 –** المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976.03.25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم.

**6** – قانون الأسرة الجزائري رقم 84–11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ09 جويلية 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 / المنشور في الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 2005 .

**7** – القانون رقم 91–25 مؤرخ في 18 ديسمبر 1991 يتضمن قانون المالية لسنة 1992 , معدل ومتمم منشور في الجريدة الرسمية , عدد 65 .

**8**– المرسوم التنفيذي رقم 92–70 المؤرخ في 18 فيفري 1992 المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية.

**9** – المرسوم التشريعي رقم 93–03 المؤرخ في 1993.03.01 و المتعلق بعقود البيع على التصاميم.

**10 –** القانون رقم 06/98 الصادر بتاريخ 03 ربيع الأول 1419 , الموافق 27 جوان 1998 المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني , منشور في الجريدة الرسمية العدد 48 .

**11**– الأمر رقم 03–08 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة , المؤرخ في 19 جويلية 2003 المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 23 جويلية 2003 , العدد 44 .

**12**– الأمر رقم 03–05 المؤرخ في 19 جويلية يتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة المؤرخ في 19 جويلية 2003 المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 23 جويلية 2003 , العدد 44 .

**13**– الأمر رقم 03–06 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالعلامات التجارية المؤرخ في 19 جويلية 2003 المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 23 جويلية 2003 , العدد 44 .

**14**– الأمر رقم 03–73 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق ببراءات الاختراع , المؤرخ في 19 جويلية 2003 المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 23 جويلية 2003 , العدد 44 .

**15**– القانون رقم 04–08 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة النشاطات التجارية.

**16**– المرسوم رقم 05–275 المؤرخ في 02 أوت 2005 المحدد لكيفيات براءات الاختراع المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 05 أوت 2005 العدد 54 .

**17** – القانون رقم 06–02 المؤرخ في فبراير يتضمن مهنة الموثق , منشور في الجريدة الرسمية عدد14 سنة 2006.

**18** – القانون رقم 06–03 المؤرخ في 20 فيفري 2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي منشور في الجريدة الرسمية , عدد 14 لسنة 2006.

**19** – القانون رقم 07–02 المؤرخ في 2007.02.07 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري .

**20** – القانون رقم 08–08 المؤرخ في 16 صفر عام 1429 , الموافق 23 فبراير 2008 , يتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الإجتماعي , منشور في الجريدة الرسمية , عدد 11 لسنة 2008 .

**21** – القانون 08–15 المؤرخ في 20 جويلية 2008 المحدد لقواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها.

**22 –** قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08–09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 .

**23** – المرسوم التنفيذي رقم 09–174 المؤرخ في 02 ماي 2009 المحدد لنموذجي الاستمارتين من أجل التحصيل الجبري لاشتراكات الضمان الاجتماعي عن طريق الجداول و الملاحق .

**ب – القوانين الأجنبية**

**1 –** القانون المدني المصري المؤرخ في 16 جويلية 1948 .

**2–** قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري رقم 13 لسنة 1986 الصادر في الجريدة الرسمية المصرية بتاريخ 09 ماي 1986 , العدد 19 .

**6– المجلات القضائية :**

**1 – المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا :**

- **سنة 1996 العدد الأول .**
- **سنة 1997 العدد الثاني .**
- **سنة 1999 العدد الثاني .**
- **سنة 2001 العدد الأول .**

## 7 – <u>مواقع انترنت</u>


**1-** http://ar.jurispedia.org/index.php

**2-** http://www.lawjo.net/vb/archive/index.php?t-12040.html

**3-** www.minshawi.com

**4-** http://www.thanwya.com/vb/showthread.php?t=285453

**5-** http://www.f-law.net/law/showthread.php/21266

**6-** http://www.law-zag.com/vb/showthread.php?t=18819

**7-** http://www.mafhoum.com/press9/270C31.htm

**8-** http://www.mafhoum.com/press9/270C31.htm

**9-** http://www.naabd.com/vb/t31291.html

**10-** www.hrdiscussion.com/hr2156.html .

**11-** http://www.bh30.com/vb3/showthread.php?t=23864

**12-** http://fedaa.alwehda.gov.sy/_archive.asp?FileName=-

**13-** http://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php?p=509

**14-** http://www.islamicbook.ws/amma/alzwajr-.pdf

**15-** http://www.alexalaw.com/t8087-topic

**16-** http://www.startimes.com/f.aspx?t=18040912.

**17-** http://agmhmahrshlh.maktoobblog.com

**18-** http://www.fiqhacademy.org.sa/qrarat/12-3.htm

**19-** http://www.shahrodi.com/magazines/Feqh35f/feqh3507.htm

**20-** http://www.startimes.com/f.aspx?t=18040912

## ثانيا : باللغة الفرنسية

## 1 – Ouvrages Généraux


**1-** A . DECOCQ, essai d'une théorie générale des droits sur la personne, Lgdj , 1960.

**2-** Chafik chehata , études de droit musulman , volume 1 , édition puf , Paris, 1971.

**3-** C . Demolombe, cours de code de napoléon, traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, tome 24, 1863-1867.

**4-** De Pufendorf, droit de la nature et des gens, Amsterdam, 1712, tome 1 , livre 3. 1987

**5-** Durenton , cours de droit français suivant le code civil , tome10, 1930.

**6-** Desbois (h), le droit d'auteur en France , 2eme édition Dalloz , paris ,1966.

**7-** E . Meynial , de la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire, R , prat , D fr, 1985.

**8-** Favart , P.Fenet , recueil complet des travaux préparatoires du code civil , tome 13 , 1827.

**9-** Frejaville , la valeur pratique de l'astreinte , J.C.P 1951, encycl. Dalloz, édition 1959.

**10-** G .Cornu , vocabulaire juridique association H.capitant , v° promesse édition puf, Paris, 1996.

**11-** Henri Mazeaud , responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelles RTD . civ .1929.

**12-** JOSSERAND , cours de droit civil français , 2eme édition ,tome 11, paris 1933.

**13-** Josserand (L) , cours de droit civil positif français ,2 édition , tome 11 Paris ,1993.

**14-** J.Ghestin , l'utile et le juste dans les contrats , arch .phil , tome 26 , édition serey, 1981 .

**15-** Joseph Paget , essai sur la mise en demeure et ses effets , édition Ernest thorine -1870

**16-** Jules Victor , Ansbach , de l'adage dies interpellat prohomine , de la mise en demeure du débiteur dans les obligations a terme en droit romain , édition librairie polytechnique d'aug . Bruxelles , 1853.

**17-** Joseph Paget , essai sur la mise en demeure et ses effets , édition Ernest thorine ,1870 .

**18-** J-P Chazal Et S.Vincente, le transfert de propriété par effet des obligations dans le code civil , RTD ,Civ . edition 2000 .
**19-** kayser (M.P) , l'astreinte judicaire et la responsabilité civile , Revu tr de droit civil , édition 1953.

**20-** Larombier (L) , théorie et pratique des obligations , tome 1 , nouvelle édition , Paris, 1885.

**21-** Malaurie, L.Aynes et Ph.Stoffel-Munck , droit civil des obligations tome.8 2 ème édition , 2005.

**22-** M.A FRISON-ROCHE , volonté et obligation, obligation arch , droit n° 44, . Sirey , édition 2000.

**23-** M -J. Gebler , les obligations alternatives , RTD Civ ,1969.

**24-** O. Morita, l'origine doctrinale de l'article 1142 du code civil , essai sur l'adage nemo cogi ptest ad factum , rev gistoire de droit , 1995.

**25-** R .J. Pothier, traité du contrat de vente, traité du contrat de louage, traité des obligations, édition Dupin, tome 1 et 2, Paris , 1829 .
**26-** Roubier , distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale , Rev Trim de droit . Paris , 1952.

**27-** Ripert et Boulanger , traité élémentaire de droit civil de Planiol , T2 , 4 ème édition librairie génerale de droit et de jurisprudence , Paris 1925 .

**28-** Ripert , les dommages , intérêt en monnaie étrangère , Rev critique , 1926.

**29-** Savatier (R) , cours de droit civil , tome 2 , 2ème édition 1949
Loysel (A) , institutes coutumières , Tome 1 , livre 3 , Paris , 1846.

## 2 – Ouvrages Spécifiques


**1-** Claude Brenner, voies d'exécutions , 4 eme éditions ,édition Dalloz-sirey paris.

**2-** Claude Brenner , cours voies d'exécution, 5eme édition édition , Dalloz- Sirey Paris .

**3-** Denyse chabot-léonard , saisie conservatoires et saisie exécutions , édition établissements Émile, brylant , Bruxelles , 1979.

**4-** Esmein(A) , L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte Rev.T.Droit civil, Paris 1903.

**5-** Marcel fontaine et Geneviève ,les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles , études de droit comparé , librairie générale de droit , Paris édition 2001.

**6-** Mazaud (H) et Tunc (A) , Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle , t 11 – 5 ème édition , Paris , 1965.

**7-** Marianne Dickstein , guide pratique du recouvrement de créances en Belgique et a l'étranger édition anthimis , 2ème édition , bruxelles , 2009.

**8-** Paule Cuche et Jean Vincent , voies d'exécution , série Dalloz - Sirey , paris 9éme édition 1970 .

**9-** Planiol – Ripert , traite pratique de droit civil Français , tome 6, Paris , 1930.

**10-** Roger Perrot et Philippe Théry , procédures civiles d'exécutions , édition Dalloz , paris , 2000.

**11-** Roland Tendler, les voies d'exécution , série élises , édition Ellipses marketing S A , Paris, 1990

**12-** Serge Guinchard et Tony Moussa, droit et pratique des voies d'exécutions, édition Dalloz , paris , 2010-2011 .

**13-** Yves Picod , l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat , colloque I.D.A Aix-en-Provence 28 mai 1993, presse universitaire d'Aix-Marseille ,France , 1993.

## 3 - Les Thèses

**1-** André Decocq, essai d'une théorie générale des droits sur la personne , thèse doctorat en droit, N°814 , Paris,1957

**2-** Bicheron, LA dation en paiement, thèse de doctorat Paris2, 2003
Lucienne Ripert, la réparation de préjudice dans la responsabilité délictuelle, thèse de doctorat, Paris, 1933.

**3-** Deymes (M.L) , l'évolution de la nature juridique de la contrainte par corps, thèse Toulouse, 1942.

**4-** DRAGU (R) , l'exécution en nature du contrat , thèse de doctorat .Paris, 1936.

**5-** P . Grosser, les remèdes a l'inexécution du contrat, essai de la classification, thèse de doctorat , Paris 1 .

**6-** J. f. Overstake , essai de classifications des contrats spéciaux , LGDJ 1969.

**7-** Marcille (R) , l'exécution en natures des obligations de faire ou de ne pas faire , thèse de doctorat , université de Rennes , 1931.

**8-** Natacha . Prybys Gavalda , la notion d'obligation de donner, thèse de doctorat , Montpellier , 1997.

**9-** S .Vincente , l'activité en tant que bien, réflexions sur les fondements de la distinction des obligations de faire de donner, thèse de doctorat , Grenoble 2, 1992.

## 4 - Les lois et decrets .

1- code civil français .

2- Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécutions en france .

# الـــفـــهــــرس

| العنـوان | الصفحة |
| --- | --- |

| العنوان | الصفحة |
|---|---|

| العنوان | الصفحة |
| --- | --- |

| العنوان | الصفحة |
|---|---|

| العنوان | الصفحة |
|---|---|

| العنوان | الصفحة |
|---|---|

| العنوان | الصفحة |
| --- | --- |

| العنوان | الصفحة |
|---|---|

| العنوان | الصفحة |
| --- | --- |